Speziesschuld, Gattungsschuld, Wahlschuld, eine rechtspolitische Betrachtung.

Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Universität Breslau

vorgelegt von

Helene Ramnitz

Breslau 1938.

Buchdruckerei Richard Mayr, Würzburg.

Gedruckt mit Genehmigung der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Breslau.

Berichterstatter: Professor Dr. Würdinger.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Schrifttum.

Berndorff: Die Gattungsschuld, 1900.
Chamitzer: Natur, Gebiet und Grenzen der Wahlschuld, 1900.
Cosack-Mitteis: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. I, II, 8. Aufl. 1927.
Dernburg: Pandekten 8. Aufl. Bd. II, 1912.
Dernburg: Bürgerliches Recht, 4. Aufl., 1910.
Dernburg: Preußisches Privatrecht, 5. Aufl., 1894—1897.
Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. I, II, 1 und 2, 8. und 9. Aufl. 1903.
Enneccerus-Nipperdey: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts Bd. I, 13. Bearb. 1931.
Fischer, Konzentration und Gefahrtragung bei Gattungsschulden in Jherings Jahrb. Bd. 51.
Goldschmidt: Handelsrecht 2. Aufl. Bd. II, 1883.
Hasenöhrl: Das österreichische Obligationenrecht Bd. I, 1881.
Kisch: Gattungsschuld und Wahlschuld, eine begriffliche Abgrenzung, 1912.
Kreß: Lehrbuch des allgemeinen und besonderen Schuldrechts, 1929, 1934.
Lange: Vom alten zum neuen Schuldrecht, 1934.
Litten: Die Wahlschuld, 1913.
Loewenwarter, v.: Lehrkommentar zum BGB, 2. Aufl., Bd. 1—4, 1924.
Motive: zum BGB, Bd. II, 1888.
Oertmann: Die Geschäftsgrundlage, 1921.
— Kommentar zum BGB, 3. Aufl. 1927, Bd. I, 5. Aufl., 1929, Bd. II.
Pescatore: Wahlschuldverhältnisse, 1905.
Pistory: Wahl und Unmöglichkeit als Voraussetzungen der Beschränkung der Wahlschuld nach dem Rechte des BGB, Erl. Diss. 1901.
Planck: Kommentar zum BGB, Bd. I—IV, 3./4. Aufl. 1923.
Protokolle: zum BGB.
RGR-Kommentar: II. Bd., 6. Aufl. 1928.
Ricken: Konzentration der Gattungsschuld, Erl. Diss. 1905.
Rieß: Die Zwangsvollstreckung einer Alternativobligation bei Wahlrecht des Schuldners, in Gruchot Bd. 48, S. 489 f.
Savigny: Das Obligationenrecht I, 1851, 1853.
Schollmeyer: Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse 2. Aufl. 1904.
Sohm: Institutionen, Geschichte und System des römischen Privatrechts, 1933.
Staudinger: Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 9. Aufl. 1926.
Thöl: Handelsrecht, 6. Aufl., 1879.
Weißmann: Abgrenzung zwischen Wahl- und Gattungsschuld, Erl. Diss. 1907.
Würdinger: Theorie der schlichten Interessengemeinschaften in den Beiheften der „Zeitschrift für das gesamte Handels- und Konkursrecht", Heft 1, 1934.

Aufbau.

Seite

A. Aufgabe der Arbeit. 1

B. Spezies schuld. 1

I. Begriff. 1

II. Die grundsätzlichen Gesetzes- und Rechtsbestimmungen:

1. § 241 BGB. 2
2. Negative Vertragsverletzung:
Anfängliche objektive Unmöglichkeit. 3
Anfängliches subjektives Unvermögen. 4
Nachträgliche zu vertretende Unmöglichkeit. 5
Nachträgliche nicht zu vertretende Unmöglichkeit. . . . 19
Unzumutbarkeit. 27
Verzug des Schuldners. 29
Verzug des Gläubigers. 34
3. Positive Vertragsverletzung. 36
4. Schlechterfüllung. 37

C. Gattungsschuld. 39

I. Begriff. 39

II. Die grundsätzlichen Gesetzes- und Rechtsbestimmungen:

1. § 243 BGB 41
§ 2155 BGB 48
2. Negative Vertragsverletzung:
Anfängliche objektive und subjektive Unmöglichkeit. . . . 49
Nachträgliches zu vertretendes Unmöglichwerden. . . . 50
Nachträgliches nicht zu vertretendes Unmöglichwerden. . . 52
Verzug des Schuldners. 52
Verzug des Gläubigers. 52
3. Positive Vertragsverletzung. 54
4. SchlechterfüJung. 54

D. Wahlschuld. 56

I. Begriff. 56

II. Die grundsätzlichen Gesetzes- und Rechtsbestimmungen:

1. §§ 262, 263 BGB. 64
2. Negative Vertragsverletzung:
Unmöglichkeit. 67
Verzug des Schuldners. 71
Verzug des Gläubigers. 73
3. Positive Vertragsverletzung. 75
4. Schlechterfüllung. 75

A. Aufgabe der Arbeit.

Das Bürgerliche Gesetzbuch stellt im Rahmen des Rechts der Schuldverhältnisse drei Schuldtypen heraus: als Grundtyp die Speziesschuld, begrifflich abweichend von diesem die Gattungs- und die Wahlschuld. Die beiden letzteren unterliegen sowohl unter sich wie auch gegenüber der Speziesschuld einer verschiedenen rechtlichen Behandlung. Aufgabe dieser Arbeit ist es nachzuprüfen, warum begriffliche Unterschiede gemacht wurden, und inwiefern die von einander abweichenden Regelungen der einzelnen Schuldformen begründet sind.

B. Speziesschuld.

I. Begriff.

Der Gesetzgeber sagt nicht, was eine Speziesschuld ist. Er sieht aber nicht nur von einer Definition ab, sondern gebraucht auch keine Bezeichnung dafür, was man in Literatur und Rechtsprechung allgemein unter Speziesschuld versteht, nämlich, daß ein mit bestimmten Merkmalen bezeichnetes Objekt zum Gegenstand des Schuldverhältnisses gemacht wird. Es wird dazu gemacht und ist nicht etwa Speziesschuld, da sich diese Eigenschaft nicht schon aus der Natur der Sache ergibt, sondern die Sache sie erst durch den Willen der Parteien erhält, die auf diese Weise den Gegenstand der Verpflichtung bestimmen. Mithin ist es denkbar, daß unzählige, dem Schuldgegenstand gleichartige und gleichwertige Objekte irgendwo vorhanden sind, ohne daß davon auch nur ein einziges geeignet wäre, an die Stelle des individuell bezeichneten zu treten; gerade durch die individuelle Bezeichnung der Parteien ist das eine Objekt von allen anderen als individuell bestimmt herausgehoben worden[1]).

Individuelle Bestimmtheit einer Sache ist aber nicht gleichbedeutend mit individueller Vorstellbarkeit, und zwar letztere nicht schlechthin, sondern Vorstellbarkeit bezüglich der einzelnen Eigenschaften des Objekts. Eine Eigenschaft jedoch muß zum mindesten vorstellbar sein, da andernfalls keine individuelle Bestimmung erfolgen könnte, und diese Eigenschaft muß nach der Vorstellung der Parteien nur einem einzigen Objekt zustehen (z. B. das erste Füllen der Stute X, das höchste Haus des Dorfes Y). Hierbei genügt also bei Unkenntnis der ein-

1) Obiger Grundsatz bezieht sich auf den Regelfall der eindeutigen Speziesschuld, wie sie im folgenden grundsätzlich behandelt wird. Eine andere Frage ist, ob immer dann, wenn die Parteien speziesmäßig bestimmt haben, auch eine Speziesschuld begründet ist. Vgl. darüber S. 5 f.

zelnen Eigenschaften der Sache ein Individualisierungsmerkmal, um sie zum Gegenstand der Speziesschuld zu machen.

Warum dieser Schuldtyp geschaffen worden ist, bedarf eigentlich keiner Erläuterung, denn er ist weniger Form eines Schuldverhältnisses als das Schuldverhältnis überhaupt; und dessen rechtspolitische Rechtfertigung erübrigt sich wohl in diesem Rahmen[2]). Grund dafür aber, daß die Speziesverbindlichkeit im Schuldrecht die Regel bildet, ist einerseits die Mannigfaltigkeit der Objekte, die Gegenstand eines Schuldverhältnisses werden können, und deren individuelle Verschiedenartigkeit eine individuelle Abgrenzung untereinander regelmäßig notwendig machen, andererseits das Interesse der Parteien, das dahin geht, eine rechtliche Verpflichtung, wenn sie nun einmal begründet wird, so eindeutig und klar zu bestimmen, wie es nur möglich, und für sie und die Rechtssicherheit zweckmäßig ist.

II. Die grundsätzlichen Gesetzes- und Rechtsbestimmungen.

1. § 241 BGB.

§ 241 BGB: „Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern. Die Leistung kann auch in einem Unterlassen bestehen."

Die vorstehende Bestimmung legt allgemein das Wesen des Schuldverhältnisses fest, dessen Gegenstand eine Leistung, Tun oder Unterlassen, ist. Trotz dieser allgemein gehaltenen Form, oder besser: gerade wegen dieser Form, trifft sie die typische Regelung für die Speziesschuld als Normalfall der möglichen Schuldformen des Rechtslebens. Denn nur grundsätzlich dann, wenn der Leistungsgegenstand individuell, d. h. so bestimmt ist, daß er schon bei Abschluß des Schuldverhältnisses eindeutig feststeht, und keine weitere Bestimmung mehr zu erfolgen braucht, kann, entsprechend § 241 BGB. der Gläubiger fordern und der Schuldner leisten. In allen anderen Fällen muß der Erfüllung ein weiterer, sie vorbereitender Rechtsakt vorangehen, der auch einen entsprechenden Niederschlag in anderen Normen des Gesetzes (vgl. §§ 243, 262 ff BGB) gefunden hat. § 241 BGB trifft also zugleich mit der Wesensbestimmung des Schuldverhältnisses die Regelung für den Grundtyp aller Schuldverhältnisse, für die Speziesschuld.

---

2) Es genügt daher auch, wenn in den folgenden Abhandlungen über die Grundlagen der einzelnen, auf die Speziesschuld bezüglichen Gesetzes- und Rechtsbestimmungen nur auf diese eingegangen wird, ohne im besonderen zu berücksichtigen, warum sie gerade auf die Speziesverbindlichkeit zur Anwendung kommen. Speziesschuld und Schuldverhältnis sind regelmäßig identisch; indem sich letzteres erklärt, erklärt sich auch das erstere. Da wo Besonderheiten aus dem Charakter des zunächst zu behandelnden Schuldtyps innerhalb der rechtlichen Regelung auftauchen, werden diese auch hervorgehoben werden.

2. Negative Vertragsverletzung: Anfängliche objektive Unmöglichkeit.

§ 306 BGB: „Ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag ist nichtig."

Wesen des Schuldverhältnisses ist nach § 241 BGB das Fordernkönnen einer Leistung, die regelmäßig nach bestimmten Merkmalen bezeichnet ist. Besteht nun im Zeitpunkt des Vertragsschlusses der Leistungsgegenstand nicht, sei es, weil er niemals existiert hat, sei es, weil er vor dem genannten Zeitpunkt untergegangen ist, und wird er auch später nie mehr bestehen, dann muß notwendigerweise der ganze Vertrag hinfällig sein, weil sein wesentlicher Inhalt und einziger Zweck entfällt. Ein Nichts kann nicht bestimmt werden. Werden dennoch Bestimmungen darüber getroffen, in Unkenntnis der Sachlage, aus unlauteren oder anderen Motiven, so geschieht dies auf Grund einer Fiktion, und das ganze, so fingierte Schuldverhältnis muß noch im Zeitpunkt seiner formellen Festlegung zusammenfallen. Ein gültiges Schuldverhältnis bei ursprünglich objektiv unmöglicher Leistung kann einfach deshalb nicht bestehen, weil die Leistungsfestlegung wesentlicher Bestandteil des Schuldverhältnisses ist. Ein Ganzes, dem der wesentliche Teil fehlt, ist aber kein möglicherweise teilweises Ganzes mehr, sondern ein Nichts.

Die Bestimmung des § 306 BGB kommt auch nicht mit § 139 BGB in Kollision. Ihre Regelung ist insofern unterschiedlich, als § 139 BGB fakultativ in der Anwendung ist, § 306 BGB aber eine zwingende Nichtigkeit festlegt. Im ersteren Fall braucht die Nichtigkeit deshalb nicht zwingend zu sein, weil man dort von einem wirtschaftlich einheitlichen Rechtsgeschäft ausgeht, dessen einzelne Bestandteile jedoch als selbständige Rechtsgeschäfte, mit all deren Erfordernissen, bestehen können[3]). Anders bei § 306 BGB. Dieser betrifft das einzeln bestehende, nicht zusammengesetzte Rechtsgeschäft. Auf dieses kann unter den entsprechenden Voraussetzungen, wenn es zusammengesetzt ist, nach erfolgter Anwendung des § 306 BGB auch noch §139 BGB zur Anwendung kommen. Beide Gesetzesbestimmungen betreffen also verschiedene Tatbestände, ohne einander, gerade deshalb, auszuschließen.

Einen Mangel des Gesetzes bedeutet die Tatsache, daß § 306 BGB entsprechend seiner Stellung im Gesetz und seinem Wortlaut nur auf Verträge zur Anwendung kommen soll. Eine analoge Bestimmung für einseitige Rechtsgeschäfte besteht nicht. Warum der Gesetzgeber davon abgesehen hat, ist in keiner Weise ersichtlich. Auch das einseitige Rechtsgeschäft kann den Abschließenden zur Erbringung einer Leistung verpflichten (vgl. § 657 BGB), und deshalb einem anderen den Anspruch geben, sie zu fordern. So ist auch gegebenenfalls mit einer

3) RG 93/334; 114/351.

anfänglichen objektiven Unmöglichkeit zu rechnen. — Die Rechtsprechung hilft sich, die vorliegende Gesetzeslücke auszugleichen, dadurch, daß sie § 306 BGB entsprechend anwendet.

§ 307 BGB gibt mit dem Ersatz des negativen Interesses den gerechten Ausgleich für das schadenverursachende, schuldhafte Verhalten des einen Vertragsteils, sofern der andere Vertragsteil die Unmöglichkeit weder kannte noch kennen mußte.

Im Rahmen der Speziesverbindlichkeit ist die Anwendung des § 306 BGB deshalb eine gegebene Notwendigkeit, weil die Parteien gerade durch die Art der Leistungsbestimmung den Leistungsgegenstand von allen, möglicherweise objektiv gleichen Gegenständen isoliert haben. Besteht nun die individuell bestimmte Sache nicht, dann kann sie nach dem Willen der Parteien auch durch keine andere ersetzt werden. Die Parteien haben selbst durch die individuelle Bestimmung der anfänglich objektiv unmöglichen Leistung die Nichtigkeit des Vertrages festgelegt. Sie müssen sich nach ihrem eigenen Willen behandeln lassen.

Anfängliches subjektives Unvermögen.

Es hat im Gesetz unmittelbar keine Regelung erfahren. Die Rechtsprechung hat hier eine Schadensersatzverpflichtung gemäß argumentum e contrario aus § 306 BGB und aus einer Garantiepflicht herausgebildet[4]). Wie man die Schadensersatzpflicht mit den Bestimmungen des Gesetzes in Einklang bringt, bzw. welche konkrete Rechtskonstruktion man anwenden will, kann hier dahingestellt bleiben. Wichtig ist allein, daß theoretisch-konstruktiv die Begründung einer Schadensersatzpflicht möglich ist, und ein dahingehendes Rechtsbedürfnis besteht.

Hat eine Partei eine bestimmte Leistung versprochen, die objektiv möglich und daher tatsächlich zu erbringen ist, nur nicht gerade von der versprechenden Partei, dann muß sie sich an ihr Versprechen halten lassen. Jeder Mensch muß für seinen eigenen, von ihm selbst bewußt kundgegebenen Willen einstehen. Für die Nichtigkeit gemäß § 306 BGB ist hierbei deshalb kein Raum, weil der individuelle Schuldgegenstand tatsächlich vorhanden, und damit eine Bestimmung desselben nach individuellen Merkmalen auch möglich ist bzw. war. Die individuell bestimmte Leistung ist Gegenstand des Schuldverhältnisses. Macht nun der Gläubiger aus dem bestehenden Schuldverhältnis nach § 241 BGB seine Rechte geltend, und kann der Schuldner aus Gründen, die in seiner Person liegen, schuldhaft nicht leisten, dann kann die notwendige Konsequenz aus der bestehenden Vertragspflicht und dem Verschulden des Schuldners nur der zu leistende Schadensersatz sein (vgl. §§ 276, 249, 251 BGB). Es ist im übrigen selbstverständlich, daß durch die Konstruktion des argumentum e contrario aus § 306 BGB auch die rechtlichen Folgen des § 307 BGB ausgeschlossen werden,

4) RG 69/355; 80/250.

wenn auch dessen Grundgedanken in der vertraglichen Schadensersatzverpflichtung wiederkehren. Das negative Interesse zu ersetzen, war im Rahmen der anfänglichen objektiven Unmöglichkeit deshalb der einzig mögliche Weg, ein gegebenes Verschulden vertreten zu lassen, weil es mangels vertraglicher Grundlage an einer Schadensersatzgrundlage zunächst überhaupt fehlte, andererseits aber ein Bedürfnis bestand, den Schaden des vertrauenden Vertragsteils zu ersetzen. Das letzere Erfordernis taucht auch bei dem anfänglichen subjektiven Unvermögen auf, nur daß hierbei anstelle des negativen Interesses der Schadensersatz auf Grund der vertraglichen Bindung geleistet werden kann und daher zu leisten ist.

Der Gesetzgeber hat von einer unmittelbaren Regelung im Gesetz im vorliegenden Fall wohl deshalb abgesehen, weil es ihm selbstverständlich erschien, daß ein gültiger Vertrag einen Anspruch auf Erfüllung oder Erfüllungsinteresse gewährt. Ein Vergleich der §§ 275 ff und 306 ff BGB zeigt, daß nur das nachfolgende, aber nicht das ursprüngliche Unvermögen in seiner Wirkung der Unmöglichkeit gleichgestellt werden sollte und gleichgestellt ist[5]).

Nachträgliche zu vertretende Unmöglichkeit, §§ 280, 325 BGB.

§ 280 Abs. I BGB: „Soweit die Leistung infolge eines von dem Schuldner zu vertretenden Umstandes unmöglich wird, hat der Schuldner dem Gläubiger den durch die Nichterfüllung entstehenden Schaden zu ersetzen."

§ 325 Abs. I S. 1 BGB: „Wird die aus einem gegenseitigen Vertrage dem einen Teile obliegende Leistung infolge eines Umstandes, den er zu vertreten hat, unmöglich, so kann der andere Teil Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder von dem Vertrage zurücktreten."

Voranzuschicken ist die Frage, wann nachträgliches Leistungsunvermögen vorliegt. Es liegt dann vor, wenn dem Schuldner die Erbringung des Schuldgegenstandes, der im Rahmen der hier zu behandelnden Speziesobligation individuell bestimmt ist, unmöglich wird. Aus diesem Grundsatz darf man aber keineswegs folgern, daß immer dann, wenn die Parteien begriffsmäßig eine Speziesschuld begründen wollten und bestimmt haben, eine solche notwendigerweise vorliegt, und damit auch Unmöglichkeit bei Untergang dieser so bestimmten Leistung eintritt. Wie später noch an anderer Stelle ausgeführt[6]), bleibt vielmehr immer zu berücksichtigen, ob und in wieweit die tatsächlichen Umstände das wahre Interesse der Parteien beeinflussen, bzw. welche Gestaltung das Schuldverhältnis nach Zumutbarkeit und Billigkeit erfahren muß. Kauft jemand in einem Porzellanwarengeschäft „diese Tasse", die als zweite etwa in einer Dutzendreihe solcher von gleicher Ausstattung und Qualität zum Angebot ausliegt, so wird trotz des Wort-

5) Vgl. Motive II S. 45, 48, 177.
6) S. S. 40.

lauts der Parteivereinbarung, ja trotz des augenblicklichen Willens beider Teile keine Spezies-, sondern eine Gattungsschuld — natürlich begrenzt durch den Umfang der vorhandenen Serie — vorliegen[7]). Die Sachlage erfordert diese Auffassung einmal deshalb, weil sie den wirtschaftlichen Interessen der Parteien in der gleichen Weise entspricht, wie der von den Kontrahenten durch die getroffene Vereinbarung erwünschte Erfolg, und zum anderen, weil die Rechtslage nicht nach dem Zufall einer äußerlichen Formulierung, sondern nach der durch die tatsächlichen Umstände bedingten Billigkeit zu gestalten ist. Daraus folgt, daß, sofern der als Speziesschuldobjekt bestimmte Gegenstand für den Verfügungsbereich des Schuldners gattungsmäßig verbreitet ist, Unmöglichkeit der Leistung nicht schon bei Untergang dieses zufällig bestimmten Objekts eintritt; die Anwendbarkeit der §§ 280, 325 BGB muß dann vielmehr durch die des § 279 BGB ersetzt werden[8]). — Wollte man hiergegen einwenden, daß sich die hier vertretene und von der Parteibestimmung abweichende Auffassung deshalb erübrige, weil ein neuer Kaufabschluß, der gerade bei serienweiser Verbreitung des Speziesschuldgegenstandes objektiv möglich sei, den gleichen wirtschaftlichen Erfolg herbeiführen könne, so wäre diesem Einwand damit zu begegnen, daß der vorgeschlagene Weg aber gerade dann versagen müsse, wenn einer der Kontrahenten den zweiten Kaufabschluß verweigere. Es ist etwa an den Fall zu denken, daß der Verkäufer in der Obligation nachträglich ein Verlustgeschäft sieht. Seine Befreiung soll sich aber nicht auf die zufällige Äußerlichkeit der Vertragsformulierung begründen können.

Daß diese der Billigkeit entsprechende Auslegung des Parteiwillens keinen erweiterten Begriff der Speziesschuld schafft, ergibt sich aus den vorstehenden Ausführungen; es liegt dann begrifflich eben keine Speziesschuld mehr vor, sondern eine Gattungsschuld. Daß dadurch aber auch keine Unklarheiten im Rechtsverkehr entstehen, zeigt die Feststellung, daß ja gerade nur dann, wenn die Sachlage eindeutig k l a r ist, nämlich, wenn trotz der individuellen Bestimmung der Parteien das Schuldobjekt objektiv gattungsmäßig, wenn auch auf den Umfang des Zumutbaren beschränkt, verbreitet ist, die der eindeutigen Sachlage sich anpassende Auslegung die unpassende Vertragsbestimmung ersetzt.

Nun sei auf die rechtspolitische Wertung der §§ 280 Abs. I, 325 Abs. I S. 1 BGB eingegangen.

In beiden Bestimmungen wird eine Schadensersatzpflicht festgelegt, die den Schuldner bei dem von ihm verschuldeten Unmöglichwerden der Leistung trifft. — Schadensersatz setzt einen Schaden und außer-

7) So auch Lange, Vom alten zum neuen Schuldrecht, S. 73.

8) Der gleiche Grundsatz muß selbstverständlich auch bei dem nicht zu vertretenden Unmöglichwerden und im Rahmen der Gewährleistungsansprüche (Nachlieferung) zur Anwendung kommen.

dem eine Grundlage voraus, auf der die Verpflichtung zum Ersatz des Schadens beruht. Hier ist die Grundlage das bestehende Schuldverhältnis. Es besteht, weil seine sämtlichen Voraussetzungen vorliegen, nämlich übereinstimmende und wirksame Willenserklärungen der Parteien über die bestimmte (vgl. § 241 BGB), bzw. bestimmbare (§ 243 BGB) —, erlaubte (§ 309 BGB) und mögliche (§ 306 BGB) Leistung. Möglich bedeutet objektiv und im Zeitpunkt des Vertragsschlusses existent. Was sich nach dem Vertragsschluß ereignet ändert an der Tatsache, daß er zunächst besteht, nichts; und wenn kein Fall einer gesetzlich zulässigen Auflösung vorliegt, bleibt das Schuldverhältnis auch wirksam, bis sein Zweck erfüllt ist bzw. nicht mehr erfüllt werden kann. Die spätere Erfüllung ist aber nur Folge, nicht Bestandteil des Schuldverhältnisses, denn Bestandteil, d. h. Inhalt desselben ist lediglich die dahingehende Verpflichtung. Diese bleibt also bestehen, solange ihr nicht entsprochen ist. Wird der Leistungsgegenstand nun durch Verschulden des Schuldners unmöglich, dann wandelt sich der Inhalt der Verpflichtung in eine entsprechende[9]) Schadensersatzpflicht, deren Erbringung das Schuldverhältnis ebenso zum Erlöschen bringt wie die ursprünglich vorgesehene Leistung. Die eintretende Schadensersatzpflicht entspricht einer gerechten Interessenabwägung. Wir betrachten doch hier gerade den Fall, in dem den Schuldner der Leistung an dem Unvermögen ein Verschulden trifft. § 276 BGB bestimmt mit Recht, daß dieses zu vertreten ist, und geht damit offensichtlich von der Autoritätsstellung der menschlichen Vernunft und des menschlichen Willens aus, die dahin geht, denjenigen, der schuldhaft eine Ursache setzt, für die Wirkungen derselben auch eintreten zu lassen. Daß andererseits Schadensersatz, und nicht nur Ersatz des negativen Interesses zu leisten ist, beruht darauf, daß die bestehende vertragliche Grundlage den festgelegten Weg ermöglicht.

§ 325 Abs. I S. 1 BGB enthält über den Inhalt des § 280 Abs. I BGB hinaus ein weiteres Recht des Gläubigers: er kann nicht nur Schadensersatz verlangen, sondern auch, und zwar nach dem Text des Gesetzes alternativ, vom Vertrage zurücktreten. Der Rücktritt nun ist in § 280 Abs. I BGB wohl deshalb in dieser unmittelbaren Form nicht erwähnt, weil er eine typische Begleiterscheinung des gegenseitigen Vertrages ist. Er gibt nämlich die Regelung für die dem Gläubiger der schuldhaft nicht zu erbringenden Leistung obliegende Gegenleistung. Eine solche tritt aber beim einseitigen Schuldverhältnis bzw. einseitig verpflichtenden Vertrag nicht auf, so daß Bestimmungen reziproken Charakters nicht getroffen zu werden brauchten. Im übrigen ist offensichtlich, daß das vom Schuldner zu vertretende Unmöglichwerden einen Einfluß auf die Vertragspflicht des anderen Teiles

---

9) Entsprechend deshalb, weil der Begriff der Speziesschuld einen Leistungsersatz schlechthin ausschließt.

haben muß. Es liegt im Wesen der Gegenseitigkeit, daß die beiderseitigen Pflichten sich immer, also auch nach einseitiger Verminderung, gleichstehen, und im Wesen des Verschuldens, daß man dafür einsteht. — Nun ließe sich aber einwenden, daß, wenn es entsprechend den obigen Ausführungen gerade der Rücktritt ist, der typischerweise diese notwendige Regelung im Rahmen des gegenseitigen Vertrages für die Gegenleistung bringt, er in § 325 Abs. I S. 1 BGB nicht alternativ, sondern kumulativ neben dem Schadensersatz hätte vorgesehen werden müssen; beim gegenseitigen Vertrag stehe ja immer der schuldhaft unterbliebenen Leistung eine Gegenleistung gegenüber, so daß für diesen Fall eine entsprechende Regelung immer erforderlich sein dürfte. Der Einwand wäre begründet, wenn mit dem Recht des Schadensersatzes den Interessen des Gläubigers in Hinblick auf seine eigene Gegenleistung billigerweise nicht genügt wäre.

Schadensersatz bedeutet, daß der eine Vertragsteil dem anderen den durch die schuldhafte Nichterbringung der Leistung erlittenen Schaden, naturaliter oder in Geld, zu ersetzen hat. Einen Einfluß auf die eigene Gegenleistung des Gläubigers hat diese Pflicht zunächst nicht, denn sie bleibt vorläufig bestehen. Praktisch allerdings wirkt sich das kaum so aus, daß der Gläubiger z. B. 100 RM Kaufpreis zahlt, und der Schuldner ihm etwa 120 RM Schadensersatz leistet, d. h. also, daß unter völliger Aufrechterhaltung des Schuldverhältnisses lediglich anstelle des unmöglich gewordenen Leistungsanspruchs der Schadensersatzanspruch tritt, und die Gegenleistung des Gläubigers verlangt werden kann, — obwohl auch dieser Weg theoretisch anerkannt ist (Surrogations- oder Austauschtheorie). Vielmehr verwandelt sich nach der vom RG vertretenen Auffassung der gegenseitige Vertrag gemäß § 242 BGB in einen einseitigen Anspruch des vertragstreuen Teiles auf Schadensersatz in Geld (Saldo- oder Differenztheorie)[10]). Die Gegenansprüche des Schuldners sind bloße, zur Ermittlung dieses Schadensersatzes dienende Rechnungsfaktoren, mithin reine Gegenposten. Der auf diese Weise ermittelte Überschuß bildet den dem Geschädigten zukommende Schadensbetrag (Saldo). Da mit Hilfe letzterer Theorie, von der auch der Gesetzgeber ausgegangen sein dürfte, der Gegenleistung des Gläubigers regelmäßig billigerweise Rechnung getragen wird, war die kumulative Anordnung des Rücktrittsrechts neben dem auf Schadensersatz nicht erforderlich.

Es bleibt nun noch zu untersuchen, warum der Rücktritt in § 325 Abs. I S. 1 BGB überhaupt aufgenommen worden ist, d. h. warum das Recht des Schadensersatzes allein nicht geeignet war, die Interessen des Gläubigers in vollem Umfang zu befriedigen. — Zunächst ist festzustellen, daß der Schadensersatz für den Gläubiger einen befriedigenden Rechtsbehelf nur dann darstellt, wenn er seine eigene Leistung

10) RG 53/14; 102/62; 128/79.

noch nicht erbracht hat, bzw. erbracht hat, aber auf die Zurückerlangung keinen Wert legt. Hat der Gläubiger dagegen seine eigene Leistung schon erbracht, und möchte er sie zurückerlangen, etwa weil sie eine Individualsache ist, — was man ihm ohne weiteres zubilligen muß, da der Gläubiger nicht verpflichtet sein kann, seine eigene Leistung zu erbringen, wenn der Schuldner die entsprechende Vertragspflicht schuldhaft verletzt —, so ist ihm mit dem Schadensersatz allein nicht gedient. Nach der Austauschtheorie ist dies offensichtlich, weil da die Gegenleistung in jedem Fall zu erbringen bleibt. Aber auch die Saldotheorie gibt dem Gläubiger kein Recht auf Rückgabe der Gegenleistung, da sie in der Gegenleistung lediglich einen Rechnungsfaktor sieht, und eine Regelung dafür, daß sie erbracht ist, nicht vorsieht und auch nicht vorsehen kann: ihre Aufgabe besteht nämlich nur darin, den durch die Verletzung der Vertragspflicht entstehenden Schaden zu ermitteln, nicht aber eine Regelung für das dem Schadensersatz zugrundeliegende Rechtsverhältnis in seinen rechtlichen Entwicklungen zu schaffen. Dem Interesse des Gläubigers auf Rückgewähr seiner Leistung muß daher auf andere Weise genügt werden. Der Gläubiger kann sich nicht auf den Mangel des Rechtsgrundes zur Leistung berufen, da der Rechtsgrund, nämlich der Vertrag, trotz nachträglichen Unmöglichwerdens der schuldnerischen Leistung zunächst bestehen bleibt[11]). Hätte der Gläubiger nun kein Rücktrittsrecht, dann hätte er aber m. E. das Recht aus § 812 Abs. 1 S. 2. 2. Alt. Er hätte dieses Recht, obwohl in der Literatur und nach ständiger Rechtsprechung gerade der Fall des § 325 BGB nicht als condictio causa data causa non secuta anerkannt wird[12]). Diese Ansicht dürfte sich aber erst dadurch entwickelt haben, daß § 325 BGB eben den Rücktritt vorsieht, der damit als Spezialvorschrift vor die condictio tritt; logisch nämlich ist nicht einzusehen, warum die Gegenleistung keinen Vertragszweck vorstellen soll. Wenn jemand z. B. 100 RM gibt, um eine bestimmte Sache zu erwerben, dann ist eben Zweck der vertraglichen Hingabe des Geldes das Erlangen der Gegenleistung, mit deren Unmöglichkeit auch der Vertragszweck entfällt. Im übrigen kann diese Frage hier dahingestellt bleiben, da § 812 Abs. 1 S. 2. 2. Alt. BGB den Gläubiger nicht in dem Maße befriedigen würde, wie es — und zwar mit Recht — der Rücktritt bewirkt. Konstruktiv besteht zwischen beiden Rechtsinstituten insofern eine grundsätzliche Ähnlichkeit, als beide einen obligatorischen Anspruch auf Rückgewähr des Geleisteten geben; das die rechtliche Konstruktion im einzelnen verschieden ist, — der Rücktritt wan-

11) Vgl. S. 7.

12) Loening-Basch-Straßmann, Kom. zum BGB, zu § 812: „Bei gegenseitigen Verträgen ist nicht schon die Erbringung der Gegenleistung als Vertragszweck i. S. des § 812 anzusehen, vielmehr ist ein Bereicherungsanspruch hier nur dann gegeben, wenn ein über die Gegenleistung hinausgehender Erfolg vereinbart ist." — So auch RG 106/97; 129/307; JW 25/1751.

delt das bestehende Rechtsverhältnis in ein anderes um, auf Grund dessen der obligatorische Anspruch dann geltend gemacht wird, die condictio ändert an dem alten Schuldverhältnis, soweit es besteht, nichts — , würde für die Gläubigerbefriedigung keine Rolle spielen, da die Wirkungen des Anspruchs grundsätzlich die gleichen sind. Entscheidend ist aber die unterschiedliche Regelung der Haftung. Sie ist im Rahmen des Rücktritts in § 347 BGB schärfer, und zwar deshalb, weil der andere Teil mit dem (vertraglichen) Rücktritt rechnen muß, während die Rückgabe der Leistung als ungerechtfertigte Bereicherung nicht so schlechthin vorauszusehen und deshalb auch die Haftung in § 818 BGB nicht verschärft ist. §§ 819, 820 BGB ändern an dieser Tatsache nichts, da dort ein verhältnismäßig später Zeitpunkt die Haftung beeinflußt. Nun mögen zwar die Voraussetzungen des vertraglichen Rücktritts, nämlich die Voraussicht des möglichen Rücktritts, bei § 325 Abs. I S. 1 BGB nicht unmittelbar gegeben sein, dennoch findet sich in beiden Vorgängen derselbe Grundgedanke insofern, als auch bei § 325 BGB jeder Vertragsteil von vornherein, also schon bei Begründung des Schuldverhältnisses, damit rechnen muß, daß im Falle einer schuldhaften Vertragsverletzung der Rücktritt des anderen Teiles praktisch werden kann. Die Voraussicht des Rücktritts ist also mittelbar gegeben, und die Anwendung des § 347 insbesondere auch deshalb geboten, weil bei § 325 BGB eine schuldhafte Pflichtverletzung den Rücktritt auslöst, bei §§ 346 ff BGB dagegen ein vertragsmäßiges Verhalten. Die Unmittelbarkeit des Rücktritts und dessen Voraussicht in dem einen Fall wird in dem anderen durch das schuldhafte Verhalten bei mittelbarer Voraussicht aufgewogen. Die Bereicherungsvorschriften dagegen sehen in § 819 BGB nur eine verschärfte Haftung vom Zeitpunkt des mangelnden rechtlichen Grundes an vor, also in entsprechender Anwendung auf den Fall der vertraglichen Pflichtverletzung, von dem Zeitpunkt an, in dem beim Schuldner feststeht, daß er nicht leisten kann. Da dieser Zeitpunkt zeitlich hinter dem der Vertragsbegründung liegt, wäre es unbillig, wenn der Gläubiger — die Anwendbarkeit der Bereicherungsvorschriften unterstellt — auf § 819 BGB angewiesen sein würde, weil entsprechend seinem vertragsgemäßen Verhalten das Verschulden des anderen Kontrahenten nicht genügend berücksichtigt wäre. Die alternative Rücktrittsmöglichkeit in § 325 Abs. I S. 1 ist daher in jedem Fall begründet.

Auch sei hier noch erwähnt, daß im Rahmen des § 325 BGB die Rechte des Schadensersatzes und des Rücktritts zusammen geltend gemacht werden können. Allerdings muß dann zunächst der Schadensersatz verlangt und erst nachher zurückgetreten werden, da andernfalls die Grundlage für den Schadensersatz entfallen wäre. Diese letzte Möglichkeit sieht das Gesetz nicht unmittelbar vor, gegen ihre Zulassung bestehen aber keine Bedenken. Hat nämlich der eine Vertragsteil seine Leistung schon erbracht, dann kann ihm mit dem Schadensersatz oder

dem Rücktritt allein nicht gedient sein, weil er im ersteren Fall zwar den entstandenen Schaden ersetzt erhält, aber nicht die schon erbrachte Leistung zurückerlangen kann, im zweiten Fall dagegen er zwar die Leistung zurückerlangen, aber keinen Schadensersatz fordern kann. Es muß ihm daher als der vertragstreuen Partei freigestellt werden, auch noch nach Erlangung des Schadensersatzes das Schuldverhältnis durch Rücktritt aufzulösen, und so die Rückübertragung der erbrachten Leistung zu bewirken[13]).

§ 280 Abs. II BGB: „Im Falle teilweiser Unmöglichkeit kann der Gläubiger unter Ablehnung des noch möglichen Teiles der Leistung Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit verlangen, wenn die teilweise Erfüllung für ihn kein Interesse hat. Die für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften der §§ 346 bis 356 finden entsprechende Anwendung."

§ 325 Abs. I S. 2 BGB: „Bei teilweiser Unmöglichkeit ist er, wenn die teilweise Erfüllung des Vertrages für ihn kein Interesse hat, berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit nach Maßgabe des § 280 Abs. 2 zu verlangen oder von dem ganzen Vertrage zurückzutreten."

In entsprechender Regelung gegenüber der zu vertretenden, nachfolgenden Totalunmöglichkeit wird auch bei Teilunmöglichkeit eine Schadensersatzverpflichtung bzw. Rücktrittsbefugnis festgelegt. Die Besonderheit liegt hierbei aber darin, daß der Schaden möglicherweise so zu ersetzen und der Rücktritt so auszuüben ist, als ob die gesamte Vertragsleistung unmöglich wäre, obwohl sie tatsächlich nur zum Teil nicht erbracht werden kann. Theoretisch-konstruktiv ist die Regelung insofern begründet, als die Teilleistung durchaus nicht die vertragliche Leistung darstellt, und der Gläubiger deshalb auch nicht an ihre Annahme gebunden ist. Das ist ein Ergebnis, das schon — allerdings in einem anderen Zusammenhang — in § 266 BGB niedergelegt ist[14]). Es ist auch rechtspolitisch gerechtfertigt.

Nehmen wir an, daß der Gläubiger von dem Schuldner in einem Kaufvertrag den Rappen R und den Schimmel S gekauft hat. Beide Objekte sind individuell bestimmt, also Gegenstand einer Speziesschuld. Die Tatsache, daß es sich dabei um eine Mehrzahl von Objekten handelt, steht der Begründung einer Speziesverbindlichkeit nicht entgegen; denn wesentlich dafür ist nicht die Einzahl der geschuldeten Objekte,

---

13) Die Tatsache, daß das obligatorische Rechtsgeschäft endet, sobald die Leistung erbracht ist bzw. feststeht, daß sie nicht mehr erbracht werden kann, entzieht der einseitig erbrachten Leistung nicht die Grundlage, so daß für den Rücktritt wohl Veranlassung besteht.

14) § 266 BGB betrifft nicht die Unmöglichkeit eines Teiles, sondern die spätere Leistung eines solchen. Dieser Fall ist aber als zeitliche „Teilunmöglichkeit" der quantitativen der §§ 280 Abs. II, 325 Abs. I S. 2 BGB parallel zu stellen. Inwieweit von diesem Grundsatz im Einzelfall abgewichen werden kann, vgl. Lange, Vom alten zum neuen Schuldrecht, S. 73: „Der Gläubiger muß sich mit der Teilleistung zum mindesten dann zufrieden geben, wenn der Schuldner durch widrige Umstände ohne sein Verschulden in Not geraten ist."

sondern lediglich ihre, von dieser unabhängigen Bestimmtheit nach individuellen Merkmalen. Diesem Erfordernis ist genügt, wenn R und S zusammen geschuldet werden, und zwar, wie es regelmäßig der Fall ist, vom Zeitpunkt des Vertragsschlusses ab. Geht nun zwischen diesem und dem der Erfüllung des Schuldverhältnisses R durch Verschulden des Schuldners unter, und macht der Gläubiger gemäß § (§280 Abs. II) 325 Abs. I S. 2 BGB sein Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung der gesamten Verbindlich bzw. auf Rücktritt dieser geltend, obwohl S noch geleistet werden kann, so liegt darin deshalb keine unbillige Benachteiligung des Schuldners, weil dieser bei objektiver Betrachtung des Schuldverhältnisses mit dem Gesamtinteresse des Gläubigers daran rechnen mußte und deshalb sein Verschulden auch in diesem Umfang zu vertreten hat. Objektiv ist ersichtlich, daß, wenn der Gläubiger nur den S gebraucht, er ihn auch nur allein gekauft hätte. Dadurch daß er auch R kaufte, und zwar innerhalb desselben Rechtsgeschäfts, bezeugte er sein Interesse an der Erlangung beider Kaufgegenstände in ihrer Zusammengehörigkeit. Diese Auslegung ist jedoch nicht zwingend. Möglich ist auch, daß das Interesse an den einzelnen Objekten unabhängig von einander ist, und diese nur durch Zufall in einem Rechtsgeschäft verbunden sind. Dies bedeutet aber eine Ausnahme. Regelmäßig wird der Schuldner durch die Verbundenheit der Leistungsobjekte in einem Vertrage mit der ausschließlichen Erfüllungsmöglichkeit durch beide rechnen müssen. Es wäre auch garnicht einzusehen, warum der Quantität im Rahmen des Schuldverhältnisses nicht die gleiche Bedeutung zukommen sollte wie allen anderen Vertragsbestimmungen. Sie sind ja gerade getroffen worden, um das Leistungsobjekt bzw. die Leistungsobjekte den Interessen der Parteien anzupassen.

In dieser Hinsicht kann eine weitere Parallele zu den §§ 280 Abs. II, 325 Abs. I S. 2 BGB, die für die Aufdeckung der Grundlagen vielleicht ganz lehrreich ist, gezogen werden, und zwar zu der Mängelhaftung beim Kauf. Ein Beispiel: Man kauft für ein Abendessen 3 individuell bezeichnete Gänse. Ebenso wie nicht willkürlich vereinbart wird, daß gerade diese Gänse bestimmter Qualität zu leisten sind, wird nicht willkürlich festgelegt, daß 3 Stück von diesen erbracht werden sollen. Diese Gänse sind erwünscht, weil sie dem Charakter des Abendessens, 3 Stück deshalb, weil sie der Zahl der Gäste entsprechen. Ebenso wie nun nicht gedient ist, wenn 2 Stück davon verdorben sind, ebenso nicht, wenn überhaupt nur eine geliefert wird. In beiden Fällen können die Gänse möglicherweise deshalb nicht verwendet werden, weil immer nur ein Teil der Gäste befriedigt werden würde. Wer will in einem solchen Fall behaupten, daß der Gläubiger befriedigt ist, oder auch nur zum Teil? Er ist es möglicherweise überhaupt nicht, weil er seinen Gästen etwas anderes vorsetzen und deshalb beschaffen muß. Bezüglich des Qualitätsmangels findet der Gläubiger seinen Rechtsbehelf in § 462

BGB[15]), parallel bezüglich des Quantitätsmangels in den §§ 280 Abs. II, 325 Abs. I S. 2 BGB. Man darf nicht übersehen, daß es sich im ersteren Fall um Schlechterfüllung, im zweiten um teilweise Nichterfüllung handelt. Die beiden Vertragsverletzungen sollen auch nicht gleich, sondern parallel gestellt werden. Ihr Unterschied ist ein gradueller; ihre beiderseits doppelten Wirkungen entsprechen sich, sind aber graduell gestuft. Dem Schadensersatz gemäß §§ 280 Abs. II, 325 Abs. I S. 2 BGB bezüglich der gesamten Verbindlichkeit entspricht die Wandlung, bezüglich der teilweisen Nichterfüllung die Minderung. Wandlung und Minderung mit ihren schwächeren Wirkungen der Rückgängigmachung des Rechtsgeschäfts bzw. der Minderung der Gegenleistung entsprechen weiterhin die stärkeren Wirkungen des Schadensersatzes bezüglich der ganzen bzw. teilweise unmöglichen Leistung. Die schwächeren Wirkungen im ersten Fall sind gegenüber dem zweiten Fall dadurch begründet, daß der Schuldner doch leistet, wenn auch schlecht, während bei der unmöglichen Leistung teils eine unvollkommene, teils eine vollkommene negative Vertragsverletzung vorliegt, der die stärkere Wirkung insbesondere des Schadensersatzes entspricht[16]).

Die gesetzlichen Bestimmungen der §§ 280 Abs. II, 325 Abs. I S. 2 BGB mußten also notwendigerweise, entsprechend den Interessen der Beteiligten, vorgesehen werden, ihre Anwendung ist aber durchaus nicht zwingend. Die im Gesetz vorgesehene fakultative Form ist mit Recht geschaffen. Genügt die teilweise Erfüllung, um die Bedürfnisse des Gläubigers zum Teil zu befriedigen, dann greift nicht die Regel,

---

15) § 465 BGB braucht hier nicht herangezogen werden, da er sich als eine exzeptionelle Vorschrift darstellt, die an bestimmte, vom Regelfall abweichende Voraussetzungen (dolus et dicta promissa) gebunden ist.

16) Inwieweit die Regelung des § 462 BGB begründet und zweckmäßig ist, bleibt allerdings fraglich. Sie dürfte insofern bedenklich sein, als sie neben Wandlung und Minderung eine Schadensersatzpflicht nicht kennt; § 465 BGB scheidet hier aus der Betrachtung aus, vgl. Anm. 15). Unzweifelhaft ist aber, daß mit gelieferten untauglichen Objekten möglicherweise ebensowenig anzufangen ist wie mit ungelieferten, mithin auch in beiden Fällen derselbe Schaden entstehen kann. Aus formellen Rücksichten aber, eben weil überhaupt geliefert worden ist, sieht das Gesetz im Regelfall keine Schadensersatzpflicht vor. Um die so entstehenden Unbilligkeiten auszugleichen, hat die Rechtsprechung hier neben der Mängelhaftung eine Schadensersatzpflicht aus positiver Vertragsverletzung entwickelt, natürlich nur soweit ein Schaden darüber hinaus entstanden ist, und Verschulden vorliegt. Ein bezeichnender Ausgleich für den Mangel im Gesetz!

Kreß, Lehrbuch des besonderen Schuldrechts, § 26 S. 13, wenn der Verkäufer den Eintritt des Mangels der der nachträglichen Teilunmöglichkeit gleichgesetzt wird zu vertreten hat, dem Käufer neben dem Gewährleistungsanspruch nach §§ 459 ff die Rechte nach § 325 Abs. I zur Wahl. Dies führt zwar zu einem billigen Ergebnis, läßt sich aber aus dem Willen des Gesetzgebers kaum herleiten. Kreß selbst führt aus, daß § 325 I 2 (Mangel = Teilunmöglichkeit) durch die §§ 459 ff ausgeschaltet ist; um so weniger ist ersichtlich, warum er nicht auch im Fall des § 325 I die §§ 459 ff als ausschließliche Spezialvorschriften anerkennt.

sondern die Ausnahme der §§ 280 Abs. II, 325 Abs. I S. 2 BGB ein. Die vorerwähnte Parallele betrachtend muß festgestellt werden, daß auch Wandlung und Minderung, überhaupt und untereinander, nicht obligatorisch, sondern fakultativ anwendbar sind. Wir haben hier keine zwingende Festlegung von Rechten, sondern Anpassung an die jeweiligen Bedürfnisse.

Auch hier sei noch einmal § 139 BGB erwähnt. § 139 BGB hat zwar andere Voraussetzungen, bedeutet aber eine Parallele insofern, als dort Teilnichtigkeit, abhängig vom Willen der Parteien, zu Totalnichtigkeit führen kann, hier Teilunmöglichkeit ebenso zu Totalschadensersatz und Totalrücktritt. Grundsatz bleibt nämlich immer, daß der vermutliche Willen der Parteien, die das Rechtsgeschäft und dessen Inhalt schaffen, ebenso wie für sein Entstehen auch für seinen Bestand, mit den entsprechenden Rechtsfolgen, enscheidend sein muß.

Anhang. Die Anwendung der Vorschriften über die Teilunmöglichkeit wird bei der Speziesschuld im allgemeinen keine Schwierigkeiten bereiten. Hervorzuheben ist nur der Fall der Schuld sämtlicher Objekte einer Gattung.

Wie anfangs erwähnt ist für den Charakter der Speziesverbindlichkeit nicht wesentlich die Einzahl der Objekte, sondern ihre Bestimmtheit nach individuellen Merkmalen. Mithin kann eine nicht zu übersehende Unzahl von Objekten als Speziesgegenstände geschuldet werden, sofern sie nur nach bestimmten Merkmalen bezeichnet sind; so sind auch sämtliche Objekte einer Gattung (z. B. Aktienemission) Gegenstand einer Speziesschuld[17]). Dies ist allerdings bestritten. Zum Teil wurde und wird in der Literatur die Auffassung vertreten, es handle sich hierbei um eine Gattungsschuld[18]), begründet teils damit, daß die gesamten Gegenstände der Gattung nicht vorstellbar wären (Goldschmidt), teils, daß die Bestimmung hier nur nach Gattungsmerkmalen vollzogen werden könnte (Oertmann). Diese Argumente dürften nicht stichhaltig sein. Daß Vorstellbarkeit der einzelnen Eigenschaften des Objekts nicht das Wesen der Speziesschuld ausmachen, wurde schon S. 1 f hervorgehoben. Es genügt zur Individualisierung die Vorstellbarkeit einer Eigenschaft. Eine Eigenschaft der Sache ist aber auch die Zugehörigkeit zu einer anderen bzw. einem Komplex, und diese ist sehr wohl vorstellbar und individuell bezeichnungsfähig. Die Bezeichnung ist so, daß kein anderes Objekt an die Stelle des oder der geschuldeten treten kann. Das ist bei der Schuld sämtlicher Objekte einer Gattung der Fall; weil alle einzelnen Gegenstand der Verbind-

17) So Jhering, Jahrbücher Bd. 4 S. 394, 400, Bekker im Jahrb. des gem. deutsch. R. Bd. 5 S. 363, Kisch in Gattungsschuld u. Wahlschuld, eine begriffliche Abgrenzung, § 2, Kuhlenbeck bei Staudinger 3./4. Auflage § 243, Ziff. 4 S. 18, H. A. Fischer in Jher. Jahrb. 51 S. 168.

18) Goldschmidt. Handelsrecht Bd. 2 S. 17 Anm. 13 a; Oertmann zu § 243, 1a 3./4. Aufl. S. 19.

lichkeit sind, sind sie untereinander in keinem Fall vertretungsfähig. Erst recht ist nach der Vertragsbestimmung eine andere Gattung nicht vertretungsfähig. — Was den zweiten, von Oertmann vorgebrachten Einwand betrifft, so muß festgestellt werden, daß sich der Charakter einer Schuld doch nicht aus der Äußerlichkeit der Bezeichnung ergibt, sondern aus den ihr eigentümlichen Eigenschaften. Es kommt im Einzelfall garnicht darauf an, daß das Speziesobjekt nach den einzelnen individuellen Eigenschaften bezeichnet wird, sondern darauf, daß es so bezeichnet wird, daß das gewünschte Objekt einmalig, als zur Erfüllung einzig geeignet auftritt und durch kein anderes ersetzt werden kann.

Kisch[19]) konstruiert einen weiteren Einwand gegen die Annahme einer Speziesschuld: Man könnte einwenden, so sagt er, „der eben behandelte Fall (einer Schuld sämtlicher Objekte einer Gattung) unterscheide sich von sonstigen Fällen einer Gattungsschuld nicht begrifflich, sondern nur durch die Zahl der geschuldeten Objekte. Zwar würde nicht nur eine bestimmte Quantität aus der Gattung, sondern es würden alle dazu gehörigen Gegenstände versprochen; aber diese Gegenstände seien eben nicht individuell, sondern durch Artmerkmale bestimmt (Aktion der bestimmten Gesellschaft). Zwischen dem Fall, daß nur einzelne oder viele Stücke der betreffenden Gattung geschuldet seien, und dem, daß sämtliche Stücke geschuldet seien, bestehe nicht ein qualitativer, sondern nur ein quantitativer Unterschied. Also liege auch im letzteren Fall eine Gattungsschuld vor". — Abgesehen von der eigenen Widerlegung des Autors, die dahin geht, daß sämtliche Objekte deshalb individuell geschuldet sein müssen, weil sie von Anfang an untereinander nicht vertretungsfähig sind, dürfte allein die Konstruktion in der gewählten Form eigentlich ungerechtfertigt sein, und zwar deshalb, weil sie ein Argument nur auf die Zahl der geschuldeten Objekte und ihre Zugehörigkeit zu einem größeren Ganzen aufbauen will. Die Zahl in ihren quantitativen Abstufungen ist allein niemals, nach allgemeiner und unbestrittener Auffassung, ein Unterscheidungsmerkmal zwischen species und genus, bzw. eine für eine dieser beiden Schuldarten eigentümliche Besonderheit. Ob man eine oder zwei Aktien kauft, ist nicht ausschlaggebend für den Charakter der Schuld. In beiden Fällen kann sowohl eine Spezies wie Gattungsverbindlichkeit vorliegen. Ebensowenig aber kann man sagen, daß, wenn 10 Objekte eines größeren Komplexes als Gattungsgegenstand geschuldet werden, das bei 20 desselben Komplexes notwendigerweise auch der Fall sein müßte. Man kann sehr wohl 10 Aktien als Gattungsschuld schulden, und weitere 20 derselben Emission als species, da es hierbei eben weder auf die Zahl der Schuldgegenstände noch auf ihre objektive Beschaffenheit bzw. Zugehörigkeit zu einem Komplex

19) Wahlschuld und Gattungsschuld, § 2, S. 24.

ankommt, sondern lediglich auf den Willen der Parteien, der sie zu einer der Schuldformen stempelt. — Richtig hebt Kisch in diesem Zusammenhang hervor[20]), daß nicht die Gattung als solche Schuldgegenstand ist, sondern die einzelnen Objekte derselben, und zwar so, als wenn schon bei Vertragsschluß alle Stücke übersehen werden könnten, und jedes von ihnen individuell genannt wäre; da sämtliche Objekte geschuldet seien, ergebe sich gerade die für die Speziesverbindkeit eigentümliche Besonderheit, daß die Objekte nach Vertragsschluß nicht ausgewählt werden und sich wechselseitig nicht vertreten könnten.

Es ist aber offensichtlich, daß dieser Fall der Schuld sämtlicher Objekte einer Gattung als species einen Sonderfall der Speziesschuld darstellt. Als Eigentümlichkeiten gegenüber dem Normalfall, die aber mit diesem noch durchaus vereinbar sind, fällt auf: die Mehrheit der Objekte, regelmäßig Unübersehbarkeit der einzelnen Objekte, möglicherweise wechselnder Umfang der Schuld (z. B. Gesamtproduktion eines Künstlers). Bei dieser letzteren Besonderheit muß aber danach unterschieden werden, ob die die Gattung bildenden Objekte im Zeitpunkt des Vertragsschlusses oder der Erfüllung geschuldet sind. Im ersteren Fall würde nämlich eine Verringerung der Objekte Unmöglichkeit der Erfüllung bedeuten, § 280 Abs. II BGB. — Kisch[21]) sieht in dieser Unmöglichkeit der Erfüllung bei Untergang einzelner Stücke der „Gattung" eine Besonderheit gegenüber der Speziesschuld. Er konstruiert bewußt falsch das Gegenargument: Geschuldet war die Gattung. Geht ein Teil davon unter, bleibt der Rest die Gattung, folglich ist Leistung vollständlich möglich.

Jenes Argument ist ohne weiteres hinfällig, wenn man im Auge behält, daß es sich eben nicht um die Schuld einer ganzen Gattung, sondern um die Schuld sämtlicher Objekte einer Gattung handelt. Die hierbei von Kisch weiterhin getroffene Unterscheidung, wonach es darauf ankommt, ob die Gesamtheit der Objekte im Zeitpunkt des Vertragsschlusses geschuldet ist oder in einem späteren Zeitpunkt, ist im übrigen zutreffend, aber keineswegs gerade für den Fall der Schuld sämtlicher Objekte einer Gattung eigentümlich. Diese Unterscheidung ist vielmehr immer zu treffen, wenn überhaupt eine Leistung bestimmt wird. Es ist ja in jedem Fall durchaus denkbar, daß eine Sache erst in einem, vom Zeitpunkt des Vertragsschlusses abweichenden Zeitpunkt ab geschuldet wird. Die Frage der Unmöglichkeit ist darauf doch schlechthin abzustellen. Mithin ist klar, daß, wenn der spätere Zeitpunkt für die Schuld entscheidend ist, die vor diesem Zeitpunkt untergegangenen Stücke nicht unmöglich sind, weil sie nie Gegenstand der Schuld waren; und umgekehrt: wenn der Zeitpunkt des Vertragsschlusses maß-

20) a. a. O. § 2, S. 25.
21) a. a. O. § 2, S. 30 ff.

gebend ist, die nach diesem untergegangenen Leistungsobjekte unmöglich sind, und daher dieser Fall des nachträglichen Unmöglichwerdens nach den diesbezüglichen Grundsätzen zu behandeln ist.

Mit diesen Ausführungen ist nun sowohl ein Hinweis auf die Anwendung des § 280 II BGB im Fall des Unterganges einzelner Objekte einer Schuld sämtlicher Objekte einer Gattung gegeben, wie auch darüber hinaus, gerade durch diese notwendiger Anwendung des § 280 BGB, ein weiterer Beweis dafür, daß in der Schuld aller Objekte einer Gattung eine Speziesschuld zu sehen ist; die Anwendung der Speziesvorschrift läßt auf den Charakter des umstrittenen Schuldtyps als Speziesverbindlichkeit schließen.

§ 325 Abs. I S. 3 BGB: „Statt des Anspruchs auf Schadensersatz und des Rücktrittsrechts kann er auch die für den Fall des § 323 bestimmten Rechte geltend machen."

§ 323 BGB: „Wird die aus einem gegenseitigen Vertrage dem einen Teile obliegende Leistung infolge eines Umstandes unmöglich, den weder er noch der andere Teil zu vertreten hat, so verliert er den Anspruch auf die Gegenleistung; bei teilweiser Unmöglichkeit mindert sich die Gegenleistung nach Maßgabe der §§ 472, 473.

Verlangt der andere Teil nach § 281 Herausgabe des für den geschuldeten Gegenstand erlangten Ersatzes oder Abtretung des Ersatzanspruch, so bleibt er zur Gegenleistung verpflichtet; diese mindert sich jedoch nach Maßgabe der §§ 472, 473 insoweit, als der Wert des Ersatzes oder Ersatzanspruchs hinter dem Werte der geschuldeten Leistung zurückbleibt.

Soweit die nach diesen Vorschriften nicht geschuldete Gegenleistung bewirkt ist, kann das Geleistete nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zurückgefordert werden."

Vorstehende Bestimmung enthält gegenüber dem Schadensersatz und Rücktrittsrecht (letzteres im Hinblick auf die Haftung, vgl. S. 10) des § 325 BGB ein weiteres vermindertes Recht des Gläubigers, dessen Festlegung ohne Zweifel auf der Erwägung beruht, daß es dem Gläubiger im Rahmen des § 325 BGB freigestellt sein muß, sich auf den für den Schuldner günstigeren Standpunkt zu stellen, daß keine der Vertragsparteien die Unmöglichkeit zu vertreten habe. Diese Erwägung ist zutreffend; jedermann kann grundsätzlich auf ein ihm zustehendes Recht verzichten[22]), und zwar ganz oder teilweise. Damit ist die in § 325 BGB angeordnete Anwendbarkeit des § 323 BGB im Hinblick auf ihre Zulässigkeit gerechtfertigt.

Dagegen erscheint sie nicht notwendig. Wäre nicht so angeordnet, wie geschehen, dann hätte der Gläubiger nur die Rechte des Schadensersatzes und des Rücktritts. Machte er diese Rechte nicht geltend — was ihm ja freisteht — so bliebe dennoch der Vertrag zunächst bestehen. Die Tatsache des nachträglichen Unmöglichwerdens schon allein ändert daran nichts. Im übrigen wäre die Frage nach der Gegenleistung danach zu beantworten, ob sie schon erbracht ist

22) Unverzichtbare Rechte (öffentliches Recht!) spielen hier keine Rolle.

oder nicht. Hätte der Gläubiger seinerseits noch nicht geleistet, dann könnte der Schuldner seinen Anspruch darauf deshalb nicht erfolgreich geltend machen, weil ihm gemäß § 320 BGB die Einrede des nicht erfüllten Vertrages entgegengehalten werden würde. Hätte der Gläubiger aber seine Leistung schon erbracht, so könnte er sie, — unterstellt, daß § 323 BGB gesetzlich nicht aufgenommen, und der Rücktritt nicht ausgeübt wäre —, nicht mehr zurückverlangen. Und dies mit Recht, denn wollte er sie zurückverlangen, dann hätte er den Weg des Rücktritts wählen können. Ein zwingender Grund, als zweite Möglichkeit für den Gläubiger neben dem Rücktritt § 323 BGB und damit die Bestimmungen über die ungerechtfertigte Bereicherung heranzuziehen, bestand nicht, weil beide Rechtsinstitute im Wesentlichen die gleichen Ergebnisse herbeiführen. Die zwischen ihnen außer der rechtstheoretischen Konstruktion, die für die Endwirkung ohne Bedeutung ist, allein bestehende Verschiedenheit, nämlich hinsichtlich der Haftung, kann nicht als ausschlaggebend dafür bezeichnet werden, daß § 323 BGB im Interesse der Parteien dem Gläubiger als weiteres Recht zugestanden werden müßte, da es ja in seiner freien Willensentschließung liegt, die verschärfte Haftung des Rücktritts geltend zu machen oder nicht. Macht er eine solche Haftung nicht geltend, so ist die Rechtslage dieselbe wie die durch § 323 BGB geschaffene. Wohl war also erforderlich, daß dem Gläubiger im Rahmen des § 325 BGB das Rücktrittsrecht mit seinen verschärften Haftungsbestimmungen eingeräumt wurde, weil die verschärfte Haftung dem Verschulden des Schuldners entspricht, im übrigen auch nur ein Recht gibt, die Nennung des § 323 BGB mit den allein unterschiedlichen praktischen Folgen der schwächeren Haftung aber erübrigte sich deshalb, weil die teilweise Unterlassung des vorgenannten Rechts, zu dessen Geltendmachung niemand gezwungen ist, den gleichen Erfolg herbeiführt.

§ 325 Abs. II BGB: „Das gleiche gilt in dem Falle des § 283, wenn nicht die Leistung bis zum Ablaufe der Frist bewirkt wird oder wenn sie zu dieser Zeit teilweise nicht bewirkt ist."

§ 283 BGB: „Ist der Schuldner rechtskräftig verurteilt, so kann der Gläubiger ihm zur Bewirkung der Leistung eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, daß er die Annahme der Leistung nach dem Ablaufe der Frist ablehne. Nach dem Ablaufe der Frist kann der Gläubiger Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, soweit nicht die Leistung rechtzeitig bewirkt wird; der Anspruch auf Erfüllung ist ausgeschlossen. Die Verpflichtung zum Schadensersatze tritt nicht ein, wenn die Leistung infolge eines Umstandes unmöglich wird, den der Schuldner nicht zu vertreten hat.

Wird die Leistung bis zum Ablaufe der Frist nur teilweise nicht bewirkt, so steht dem Gläubiger auch das im § 280 Abs. 2 bestimmte Recht zu."

Es handelt sich hier um die sogenannte fingierte Unmöglichkeit. Sie ist lediglich aus Gründen der Zweckmäßigkeit geschaffen worden. Die Unmöglichkeit der Leistung braucht nämlich nicht immer offensichtlich zu sein, wie es die §§ 280, 325 BGB voraussetzen, sondern nicht

unbedingt erweisbar. Um in diesem Fall dem Gläubiger die Beweislast zu erleichtern, die ihm obliegt, sofern er aus der Unmöglichkeit Rechte herleitet, ist die „fingierte" Unmöglichkeit nach Ablauf einer gesetzten Frist geschaffen worden. Aus dieser Motivierung ergibt sich ohne weiteres, daß, wenn Unvermögen feststeht und Behebung nicht zu erwarten ist, nicht der Weg des § 283 BGB zu wählen ist, sondern sofort Schadensersatz verlangt werden kann[23]). Weiterhin ergibt sich, daß das Recht der Fristsetzung entfällt wenn der Anspruch auf Erfüllung nicht mehr besteht, vgl. § 283 Abs. I S. 3 BGB.

Die Fiktion des § 283 BGB ist aber keine eigentliche im juristisch-technischen Sinn. Sie ist vielmehr eine praesumptio juris et de jure insofern, als die Leistung dem Schuldner nicht immer möglich sein muß, sondern tatsächlich auch unmöglich sein kann. Der letztere Fall wird sogar der häufigere sein, da der Schuldner üblicherweise kaum Interesse daran haben dürfte, seine Leistung als unmöglich zurückzuhalten. Immerhin bewirkt diese „Fiktion", daß nach Ablauf der Frist die Lage so gestaltet ist, als wäre die Leistung tatsächlich unmöglich, d. h. es werden von diesem Zeitpunkt ab die Voraussetzungen des § 280 BGB, auf dessen Grundlagen § 283 BGB unmittelbar zurückgreift, „fingiert". Was dort von vornherein gegeben ist, wird hier aus Zweckmäßigkeitsgründen für den vertragstreuen Gläubiger durch diesen gestaltet. Daraus ergibt sich, daß nach Eintritt der „Fiktion" hier wie dort die gleichen Grundsätze gelten müssen. § 283 Abs. I S. 3 bringt die Parallele zu § 280 Abs. I, § 283 Abs. II die Parallele zu § 280 Abs. II; § 283 Abs. I S. 1 u. 2 schafft im Voraus die konstruktive Grundlage. Wenn § 283 Abs I S. 2, 2. Halbs. bestimmt, daß nach Ablauf der Frist der Anspruch auf Erfüllung ausgeschlossen ist, so ist damit nur festgestellt, was eben ausgeführt wurde: einmal, daß an sich, objektiv betrachtet, Möglichkeit der Leistung in diesem Schuldverhältnis gegeben sein kann, andererseits aber der Gläubiger Erfüllung nicht zu fordern vermag, weil er selbst die Unmöglichkeit gestaltet hat; also eine aus Zweckmäßigkeitserwägungen geschaffene praesumptio juris et de jure.

Nachträgliche nicht zu vertretende Unmöglichkeit §§ 275, 323, 324 BGB.[24])

§ 275 BGB: „Der Schuldner wird von der Verpflichtung zur Leistung frei, soweit die Leistung infolge eines nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Umstandes, den er nicht zu vertreten hat, unmöglich wird.

Einer nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Unmöglichkeit steht das nachträglich eintretende Unvermögen des Schuldners zur Leistung gleich."

---

23) So RG 69/357; 96/21; 109/236.

24) Über den Begriff der Unmöglichkeit im Rahmen der Speziesschuld vgl. S. 5 f.

Der Schuldner wird von seiner Verpflichtung zur Leistung befreit, obwohl zunächst ein wirksames Schuldverhältnis bestanden hat. Es hat bestanden, weil die Leistung beim Abschluß möglich war, und die übrigen Voraussetzungen der Schuldbegründung als gegeben anzusehen sind. Das Schuldverhältnis bleibt auch zunächst weiterhin bestehen, obwohl die Leistung nicht erbracht werden kann. Darauf deutet einmal die Anwendbarkeit des § 281 BGB hin[25]), da Grundlage für das stellvertretende commodum nur das bestehende Schuldverhältnis sein kann, und andermal die Formulierung in § 275 BGB: „Der Schuldner wird ... frei, soweit die Leistung ... unmöglich wird", d. h. ist die Leistung teilweise noch möglich, so bleibt der Schuldner insoweit verpflichtet, der Gläubiger muß die Teilleistung annehmen. Die Frage nach der Gegenleistung wird hier nicht praktisch, da diese Bestimmung sich gerade auf die einseitigen Schuldverhältnisse bzw. einseitig verpflichtenden Verträge bezieht. — Wenn nun § 275 BGB bei nachträglichem Unmöglichwerden von jeder Verpflichtung befreit, obwohl das Schuldverhältnis zunächst bestehen bleibt, so beruht diese Regelung auf der Erwägung, daß niemand über sein Können hinaus verpflichtet sein darf. Es handelt sich doch gerade hier um den Fall, daß der Untergang der Leistung durch Zufall, bzw. Verschulden des Gläubigers verursacht, also nicht vom Schuldner verschuldet ist. Nimmt man die Schuld als Maßstab für die Vertretbarkeit beim Unmöglichwerden der Leistung, dann muß man auch, wie es der Gesetzgeber tut, vgl. § 275 Abs. II BGB, die objektive und subjektive Unmöglichkeit gleichbehandeln, weil es sich hierbei nicht mehr um die Frage des Bestehen- bzw. Nichtbestehenkönnens des Schuldverhältnisses handelt. Daß aus eben diesem Grunde die Behandlung bei der anfänglichen Unmöglichkeit und dem anfänglichen Unvermögen eine verschiedene sein muß, geht aus den zu diesen Bestimmungen gemachten Ausführungen hervor. In der in § 275 BGB getroffenen Regelung könnte aber bedenklich erscheinen, ob die Annahmeverpflichtung zur Teilleistung billig ist.

Daß Teilleistungen z. T. Schlecht- oder sogar Nichtleistungen wertmäßig gleichstehen, ließ sich schon aus den Erwägungen zu § 280 Abs. II BGB ersehen. Dennoch muß sie hier der Gläubiger annehmen, weil der Schuldgrund besteht, und insoweit auch keine Unmöglichkeit vorliegt. Da er sie annehmen m u ß, liegt darin nur für ihn ein möglicher Nachteil, nicht für den Schuldner, da der Schuldner sogar zur

---

25) Die Anwendbarkeit des § 281 BGB für den Tatbestand des § 275 BGB ist aber nicht gerechtfertigt. Selbst wenn man davon ausgeht, daß der Schuldner, wäre die Unmöglichkeit nicht eingetreten, weder das Surrogat erhalten noch die Sache behalten, sondern geleistet hätte, darf man nicht folgern, daß im Falle des Untergangs das Surrogat nicht ihm, sondern dem Gläubiger zustände, weil man es damit an die Stelle der L e i s t u n g setzt, ein Leistungsersatz jedoch gerade bei der Speziesschuld grundsätzlich unzulässig ist (S. aber S. 5 f). Vgl. im übrigen unten die Ausführungen zu § 281 BGB.

ganzen Leistung bereit war. Die Regelung ist billig, wenn der Gläubiger das Unmöglichwerden der Leistung für den Schuldner zu vertreten hat; auch diesen Fall umfaßt § 275 BGB[26]). Ist die Leistung aber durch Zufall teilweise unmöglich geworden, dann trifft ebensowenig wie den Schuldner den Gläubiger eine Schuld. Wenn er dennoch den für ihn unter Umständen wertlosen Teil der Leistung anehmen muß, so liegt darin ohne Zweifel eine gewisse Härte, die aber dem Gesetzgeber im Hinblick auf die Gefahrtragung des Schuldners bzgl. des untergegangenen Teiles ausgleichend und billig erschien. Ob dies tatsächlich der Fall ist, soll im Folgenden nachgeprüft werden.

Zu diesem Zweck seien die Parallelbestimmungen der §§ 323, 324 BGB herangezogen. Bezeichnenderweise mußte § 275 BGB für den gegenseitigen Vertrag in zwei Bestimmungen zerlegt werden, nämlich in § 323 und § 324 BGB. Bei § 275 BGB war eine entsprechende doppelte Regelung deshalb nicht notwendig und überhaupt möglich, weil im Falle des Unmöglichwerdens der Leistung bei den einseitigen Schuldverhältnissen keine Konsequenz für die Gegenleistung gezogen werden brauchte und konnte.

§ 323 Abs. I BGB: „Wird die aus einem gegenseitigen Vertrage dem einen Teile obliegende Leistung infolge eines Umstandes unmöglich, den weder er noch der andere Teil zu vertreten hat, so verliert er den Anspruch auf die Gegenleistung; bei teilweiser Unmöglichkeit mindert sich die Gegenleistung nach Maßgabe der §§ 472, 473."

Wir betrachten also zunächst den Fall, daß die Leistung des Schuldners durch Zufall nachträglich unmöglich wird. Der Vertrag ist, wie schon oben mehrfach festgestellt, zur Entstehung gelangt und bleibt auch zunächst bestehen. Die Wirkung des Unmöglichwerdens auf die Gegenleistung ist die, daß der Schuldner den Anspruch darauf verliert (s. auch § 323 Abs. III BGB), bei teilweiser Unmöglichkeit die Gegenleistung gemindert wird. Das BGB weicht also von dem römisch-rechtlichen Standpunkt „periculum est emptoris" ab und läßt den Schuldner die Gefahr für das zufällig untergegangene Schuldobjekt tragen. Diese Regelung entspricht den heutigen Rechtsbegriffen, sie ergibt sich einfach aus der gegebenen Rechtslage. Der Schuldner hat noch nicht geleistet, da die Leistung nach dem Wortlaut des § 323 Abs. I BGB ihm noch „obliegt". Er trägt demnach die Gefahr für seine eigene Sache, ebenso wie er sie für seine sämtlichen anderen Sachen auch trägt (casum sentit dominus!). Daß er bezüglich der untergegangenen Leistung zu einem anderen Rechtsträger in Verbindung getreten ist, d. h. darüber einen obligatorischen Vertrag abgeschlossen hat, begründet für ihn lediglich die Verpflichtung, die spätere dingliche Veränderung herbeizuführen, ohne daß

26) Die Schadensersatzpflicht bezügl. des untergegangenen Teiles der Leistung bleibt hier außer Betracht.

vorläufig auch nur das Geringste an der dinglichen Rechtslage der geschuldeten Objekte geändert wäre. Die zufällig untergegangene Sache war also Eigentum des Schuldners geblieben, für die er somit wie regelmäßig jeder Eigentümer einstehen muß. Da er nicht leisten kann, entfällt ohne weiteres auch der Anspruch auf die Gegenleistung.

Im übrigen wird nun der Vertrag durch die feststehende Totalunmöglichkeit der Leistung aufgelöst. Es ist selbstverständlich, daß eine Schadensersatzpflicht des Schuldners nach dem Grundgedanken des § 276 BGB nicht in Frage kommen kann. Er wird ohne Schadensersatzleistung von den Vertragspflichten frei.

Dagegen bleibt der Vertrag bestehen, soweit Teilleistung noch möglich ist. Parallel § 275 BGB muß auch bei § 323 Abs. I BGB die Annahmepflicht des Gläubigers insoweit festgestellt werden. Die Regelung ist unbillig.

Der Gesetzgeber ging wohl davon aus, daß den Schuldner kein Verschulden trifft, die Leistung zum Teil noch möglich ist, und bezüglich dieser noch möglichen Leistung auch ein verpflichtender Vertrag besteht. Das ist richtig. Er berücksichtigte aber garnicht, daß auch den Gläubiger eine Schuld an der Leistungsunmöglichkeit nicht trifft. Zu erwägen bleibt hier unbedingt, daß es zunächst der Schuldner ist, der, soweit er die Leistung nicht erbringt, von den Vertragspflichten abweicht. Mag er auch in dieser Hinsicht schuldlos handeln, in seiner Person aber liegt der Umstand, der den Gläubiger zur Annahme einer Leistung verpflichtet, die als Teilleistung für ihn u. U. wertlos ist. Befreit man den Schuldner also von der Lesitungs- bzw. Schadensersatzpflicht, soweit die Leistung durch Zufall unmöglich wird, dann hätte der Gläubiger als Äquivalent auch von der Annahmepflicht bezüglich des noch möglichen Teiles befreit werden können. Dem Freiwerden des Schuldners ohne Schadensersatz entspräche dann das Freiwerden des Gläubigers von der noch möglichen Teilleistung. Der dazwischenstehende Vertrag brauchte nicht zu hindern. Läßt man die Verpflichtungen des Vertrages zum Teil hinfällig werden, weil kein Kontrahent die Schuld trägt, dann ist nicht einzusehen, warum aus eben diesem Grunde nicht auch der restliche Teil erledigt werden sollte, sofern sein Gegenstand für den Gläubiger ohne Interesse ist. Daß eine solche Regelung konstruktiv möglich ist, geht schon aus § 280 Abs. II BGB hervor. Wenn in diesem Fall den Schuldner der Nachteil treffen würde, wäre es deshalb billiger als umgekehrt, weil für die Person des Schuldners keine Änderung der dinglichen Rechtslage eintreten würde[27]), wohl aber für den Gläubiger; d. h. der Schuldner besaß z. B. den noch möglichen Rappen R. den er zusammen mit

27) Es ist durchaus angemessen, hier den Regelfall zu betrachten, und die Fälle, wo der Schuldner die Leistungsobjekte sich erst für die Leistung verschafft hat, als exceptionell bei der Argumentierung außer Acht zu lassen.

dem Schimmel S schuldete; er besaß ihn, weil er ihn ursprünglich gebrauchen konnte; folglich ist es nicht allzu hart, wenn er ihn auch weiterhin behält. Dasselbe muß auch für den Fall gelten, daß auch der Schuldner nur R. und S. zusammen gebrauchen konnte, da beide Objekte sein Eigentum sind, für das er in einem weiteren Sinn immer die Gefahr tragen muß. Anders der Gläubiger, der durch die Annahmeverpflichtung der noch möglichen Teilleistung eine dingliche Änderung in seinem Rechtsbestand herbeiführt, die wie regelmäßig jedes aktive Moment schwererwiegend ist als ein passives Verbleiben im bestehenden Zustand. Es wäre daher zweckmäßiger gewesen, die Leistungsannahme bei Teilmöglichkeit in § 323 BGB, ebenso bei § 275 BGB, sofern dort die Sachlage des § 323 BGB vorliegt, nicht obligatorisch, sondern fakultativ für den Gläubiger zu bestimmen[28]).

§ 323 Abs. II BGB: „Verlangt der andere Teil nach § 281 Herausgabe des für den geschuldeten Gegenstand erlangten Ersatzes oder Abtretung des Ersatzanspruchs, so bleibt er zur Gegenleistung verpflichtet; diese mindert sich jedoch nach Maßgabe der §§ 472, 473 insoweit, als der Wert des Ersatzes oder Ersatzanspruchs hinter dem Werte der geschuldeten Leistung zurückbleibt."

§ 281 BGB: „Erlangt der Schuldner infolge des Umstandes, welcher die Leistung unmöglich macht, für den geschuldeten Gegenstand einen Ersatz oder Ersatzanspruch, so kann der Gläubiger Herausgabe des als Ersatz Empfangenen oder Abtretung des Ersatzanspruchs verlangen.

Hat der Gläubiger Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, so mindert sich, wenn er von dem in Abs. I bestimmten Rechte Gebrauch macht, die ihm zu leistende Entschädigung um den Wert des erlangten Ersatzes oder Ersatzanspruchs."

§ 323 Abs. II BGB greift auf § 281 BGB zurück. Es soll sich hierbei wohl um eine bloße Zweckmäßigkeitsvorschrift handeln. Man war durch die Einführung des § 281 BGB bestrebt, die Wirkungen der nachfolgenden Unmöglichkeit so weit als möglich auszugleichen, und auch der Schwierigkeit der Schadensersatzbestimmung zu entgehen. Jedoch ist die Bestimmung, soweit sie nach Abs. I einen Leistungsersatz vorsieht, logisch unhaltbar. § 281 BGB kann nämlich nur zur Anwendung kommen, wenn die Leistung eines bestimmt geschuldeten Gegenstandes unmöglich geworden ist, also nur bei Speziesschulden, und zwar deshalb, weil man nur bei einer Speziesschuld sagen kann, daß gerade an ihre Stelle ein Ersatzanspruch getreten ist, nicht dagegen bei unbegrenzten Gattungsschulden[29]). Gerade aber bei der Speziesschuld ist es unmöglich, diesen Ersatzanspruch an die Stelle der Vertragsleistung zu setzen, weil die Leistung individuell geschuldet war und daher

28) Nach dem geltenden Recht kann der Interessenlage im Einzelfall höchstens durch Auslegung über § 157 BGB Rechnung getragen werden. Diesen unvollkommenen Weg zeigen auch die Mot. II 208: „Wenn in concreto der an sich möglich gebliebene Teil der Leistung auch nicht mehr als Teil der geschuldeten Leistung angesehen werden kann, fällt der Vertrag und demgemäß das Recht auf die Gegenleistung ganz weg."

29) RG 88/287; 108/187.

durch keine andere, also auch nicht durch das „commodum" ersetzt werden kann. Da der Vertragszweck eindeutig bestimmt war, kann man den logischen Widerspruch in der gesetzlichen Regelung auch nicht dadurch rechtfertigen, daß man die Anwendbarkeit des § 281 BGB als dem Vertragszweck entsprechend bezeichnet. Im übrigen führt § 281 Abs. I BGB, der immer von einer schuldlosen Leistungsunmöglichkeit ausgeht, da sonst Abs. II eingreift, nicht nur zu unzweckmäßigen, sondern auch sehr unbilligen Ergebnissen, weil er den schuldlosen Schuldner zur Hingabe des für ihn u. U. wertvollen Surrogats zwingt, — fakultative Anordnung zugunsten des Gläubigers! —, eine Tatsache, die objektiv unhaltbar ist, weil sie dem Begriff der Speziesschuld unmittelbar und mittelbar widerspricht, und subjektiv unhaltbar, weil sie im Hinblick auf die Sachlage den einen Vertragsteil benachteiligt und den anderen entsprechend bevorzugt. — Eine fakultative Anordnung zugunsten des Schuldners in § 281 Abs. I BGB wäre dagegen billig und auch rechtstheoretisch haltbar gewesen, da es ihm ohne weiteres freigestellt werden kann, den Rahmen seiner Verpflichtungen zu überschreiten, sofern ihm dies vertragsgemäß erscheint, ohne aber damit dem anderen Teil einen entsprechenden Anspruch zu geben.

Der Gesetzgeber dürfte im Hinblick auf die Bestimmung des § 281 Abs. I BGB vom römischen Recht beeinflußt gewesen sein, das den Gläubiger lediglich als Träger von Rechten ansah und ihm eine so überragende Herrschaftsstellung gab, daß er die Durchsetzung seiner Ansprüche auch auf Kosten des Schuldners erzwingen durfte.

§ 281 Abs. II BGB dagegen ist gerechtfertigt, weil dort das commodum nicht die Vertragsleistung unmittelbar, sondern nur in dem Maße ersetzt, in dem auch die Schadensersatzverpflichtung an ihre Stelle tritt, also als Ersatz des Schadens, nicht der Leistung. Durch Eintritt des commodum entfällt insoweit zwar nicht die Unmöglichkeit, aber der Schadensersatz. Da der Gläubiger im übrigen entsprechend der Benachteiligung im Rahmen des Vertrages bevorzugt in der Auswahl seiner Ansprüche behandelt werden mußte, war es ihm freizustellen, zwischen seinem eigenen Schadensersatz und der Annahme des schuldnerischen Ersatzes zu wählen, so daß letzteres Recht nur fakultativ einzuführen war.

§ 323 Abs. II BGB konstruiert § 281 BGB in den gegenseitigen Vertrag hinein. Dabei wird die unmöglich gewordene Leistung durch das commodum theoretisch bis zu dessen Wert zu einer möglichen gemacht, so daß auch die Gegenleistung insoweit erbracht werden muß. Der Gesetzgeber hat damit den schon in § 281 Abs. I BGB entwickelten Begriff des commodum hier aufgenommen und ist damit zu einer gänzlich ungerechtfertigten Lösung gelangt. Wie schon oben[30])

30) S. 23 f.

hervorgehoben, ist und kann es im Rahmen der Speziesobligation nicht Aufgabe des commodum sein, die Leistung als solche zu ersetzen, da sie individuell und damit so eindeutig geschuldet war, daß sie nach dem Vertragszweck durch keine andere ersetzt werden kann. Ersetzt werden kann lediglich der Schaden, den der Schuldner, soweit er eingetreten ist, zu vertreten hat. Er hat ihn aber nur zu vertreten, wenn ihm ein Verschulden trifft. Das ist bei der Anwendbarkeit des § 280 BGB, auf den § 281 BGB ebenfalls zurückgreift, der Fall. Dort tritt nun anstelle des Schadensersatzanspruchs möglicherweise, nämlich nach Belieben des Gläubigers, der Anspruch auf den Ersatzanspruch des Schuldners, ohne daß es an jener Stelle einer Regelung für die Leistung des Gläubigers bedurfte, weil eine solche beim einseitigen Rechtsgeschäft und einseitig verpflichtenden Vertrag entfällt. Nun aber, da § 323 Abs. II BGB den § 281 BGB in der Weise heranzieht, daß durch die Geltendmachung des Ersatzanspruchs die Gegenverpflichtung bestehen bleibt, ist offensichtlich, daß der Gesetzgeber das commodum an die Stelle der L e i s t u n g setzen will, nicht an die Stelle des Schadens. Ein Schaden ist auch garnicht zu ersetzen, weil § 323 BGB den Tatbestand des nicht zu vertretenden Unmöglichwerdens regelt. Damit ist auch die Zitierung des § 281 BGB objektiv unrichtig, und darüber hinaus auch unbillig, weil nach dem Wortlaut des Gesetzes der Gläubiger das commodum immer verlangen kann, sofern ein solches gegeben ist, und der Schuldner diesem Verlangen auch nachkommen muß, obwohl letzteren niemals ein Verschulden trifft und ihm unter Umständen an dem commodum mehr gelegen sein kann als an der Gegenleistung des Vertragspartners.

§ 323 Abs. III BGB: „Soweit die nach diesen Vorschriften nicht geschuldete Gegenleistung bewirkt ist, kann das Geleistete nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zurückgefordert werden."

§ 323 Abs. III BGB bringt die Konsequenz für Abs. I: Ist nämlich der Gläubiger zur Gegenleistung nicht verpflichtet, dann muß ihm die Möglichkeit gegeben werden, die schon erbrachte Leistung zurückzuerlangen. Diese Möglichkeit besteht in § 812 ff BGB in Verbindung mit § 323 Abs. I BGB. Einer besonderen Zitierung der Bereicherungsvorschriften bedurfte es materiell also nicht. In der Bestimmung des § 323 Abs. III BGB liegt lediglich eine Bestätigung der schon gegebenen Rechtslage.

§ 324 BGB: „Wird die aus einem gegenseitigen Vertrage dem einen Teile obliegende Leistung infolge eines Umstandes, den der andere Teil zu vertreten hat, unmöglich, so behält er den Anspruch auf die Gegenleistung. Er muß sich jedoch dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Befreiung von der Leistung erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt.

Das gleiche gilt, wenn die dem einen Teile obliegende Leistung infolge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes zu einer Zeit unmöglich wird, zu welcher der andere Teil im Verzuge der Annahme ist."

Auszugehen ist von dem bestehenden Vertrag, auf Grund dessen beide Teile zu den entsprechenden Leistungen verpflichtet sind und bleiben. Der nachträgliche Untergang ändert an dem Bestand des Vertrages zunächst nichts. Tatsächlich kann aber der Schuldner nicht mehr leisten, weil die individuell bestimmte Sache untergegangen ist. Eine Schadensersatzpflicht kommt für ihn nicht in Frage, da das Unmöglichwerden nicht auf seinem Verschulden, sondern dem des Gläubigers beruht. Dagegen könnte der Schuldner Schadensersatz für die untergegangene Sache vom Gläubiger verlangen, der nach § 823 BGB Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten hat, wenn ihm ein Schaden entstanden wäre. Dies ist aber nicht der Fall, weil der Schuldner zur Erbringung der unmöglich gewordenen Leistung, deren Schaden zu ersetzen wäre, verpflichtet ist, er also nur den Schaden des Gläubigers für diesen geltend machen könnte; die darin liegende Konfusion hebt aber einen solchen Anspruch auf. Hat der Schuldner nun zwar keinen Schadensersatz zu verlangen, so bleibt ihm doch der Anspruch auf die Gegenleistung, weil der Vertrag besteht. Wäre es nicht so, dann hätte der Schuldner anstelle des Vertragsanspruchs den vorerwähnten Schadensersatzanspruch.

Abs. I S. 2 bringt die strenge Konsequenz aus der Gegenseitigkeit des Vertrages. Unabhängig davon, ob die Leistung erbracht wird oder nicht, soll kein Vertragsteil durch die Obligation bereichert werden. Auch bei dem vom Gläubiger verschuldeten Untergang der Vertragsleistung soll der Schuldner keinen Gewinn haben, sondern so gestellt werden, als hätte er die Leistung in ihrer Beschaffenheit zur Zeit des Untergangs erbracht bzw. hätte erbringen können. Die Vorschrift bringt eine Zubilligung an Treu und Glauben. Es könnte aber zunächst scheinen, als wäre sie nicht unbedingt gerechtfertigt. Geht man nämlich davon aus, daß der Gläubiger vertraglich gebunden bleibt, der Schuldner im Hinblick auf das Erbringen der Leistung nur deshalb nicht, weil er die Unmöglichkeit nicht zu vertreten hat, so scheint gerade auf Grund des Vertrages für irgendeine Minderung kein Raum zu sein. Es ließe sich möglicherweise hier einwenden, daß, mindere der Gläubiger seine eigene Leistung auf Grund der in § 324 Abs. I S. 2 BGB angeführten Umstände, er zu seinen Gunsten von den Vertragsbestimmungen bei eigenem Verschulden abweiche: denn er habe die Unmöglichkeit verschuldet. Dazu komme noch, daß der Gläubiger sich bei der zweiten und dritten Alternative des Abs. I S. 2 auf Umstände berufe, die außerhalb des Vertrages liegen und von ihm umsoweniger geltend gemacht werden dürften, weil er die Erfüllung des Vertragszweckes schuldhaft unterbunden habe. Mit Rücksicht darauf aber, daß die Vorschrift des § 324 Abs. I S. 2 BGB an sehr enge Voraussetzungen gebunden ist, nämlich nicht nur Vorsatz, sondern die bestimmte Absicht der Gläubigerschädigung erfor-

dert, ist der Wille des Gesetzgebers als unserem Rechtsempfinden entsprechend zu bezeichnen.

In § 324 Abs. II BGB wird dem vom Gläubiger zu vertretenden Unmöglichwerden der Fall gleichgestellt, daß die Leistung durch einen von keiner Vertragspartei zu vertretenden Umstand (Zufall) unmöglich wird, während der Gläubiger in Annahmeverzug ist, d. h. gemäß § 293 BGB die ihm angebotene Leistung nicht annimmt. Während also in Abs. I die Vertretbarkeit auf dem Verschulden des Gläubigers beruht, beruht sie in Abs. II auf dem Verzug, zu dem nach § 293 BGB ein Verschulden nicht erforderlich ist. In § 324 BGB steht dem Verschulden des Gläubigers sein Verzug gleich, d. h. in Abs. II ist das „Verschulden" der möglicherweise schuldlose Verzug. Daß diese Gleichstellung begründet ist, ergibt die Betrachtung, daß bei Fehlen beider Umstände der Schuldner die Leistung bewirkt hätte, zu der er verpflichtet war. Unterbleibt nun die Leistung aus Gründen, die in der Person des Gläubigers liegen, so muß der Schuldner so gestellt werden, als hätte er erfüllt, da er die Nichterfüllung überhaupt nicht, auch nicht schuldlos, verursacht hat. Damit ist die Vertragsbindung des Gläubigers bei zufälligem Unmöglichwerden der Leistung während seines Verzuges, erst recht natürlich bei dem von ihm verschuldeten Verzug, begründet[31]).

Unzumutbarkeit.

Der echten (tatsächlichen oder rechtlichen) Unmöglichkeit wird der Fall der sog. wirtschaftlichen Unmöglichkeit begrifflich – – allerdings mit anderen rechtlichen Folgen gleichgestellt[32]), obwohl hier ein Unterschied insofern besteht, als bei der echten Unmöglichkeit der Schuldner nicht leisten kann, auch wenn er leisten möchte, bei der wirtschaftlichen Unmöglichkeit (Unzumutbarkeit) dagegen der Schuldner leisten kann, aber nicht leisten will.

Aus dem Gesichtspunkt der Unzumutbarkeit entsteht für den Schuldner das Recht, sich von der Vertragspflicht durch Rücktritt für die Zukunft zu befreien. Unterscheidet man zunächst zwischen Unzumutbarkeit und Wegfall der Geschäftsgrundlage, was bei der äußeren Ähnlichkeit beider Begriffe und den gleichermaßen eintretenden Rechtsfolgen unumgänglich ist, so ist festzustellen, daß im letzteren Fall es sich immer um eine Veränderung der Sachlage handelt, mit der die Parteien in keiner Weise bei Vertragsschluß rechnen konnten und gerechnet haben[33]), im ersteren Fall dagegen um später eintretende Umstände, die vom Schuldner bzw. den Parteien sehr wohl vorauszusehen waren, aber nicht vorausgesehen worden sind. Z. B. A. verkauft

31) Vgl. im übrigen bei § 293 BGB.
32) RG 100/131.
33) RG 101/76 f; 100/131 ff.

dem B. ein mit einem Wegerecht belastetes Grundstück für 10 000 RM, mit der ausdrücklichen Zusicherung, daß A. für die Löschung des Wegerechts Sorge tragen muß. Der Wegeberechtigte verlangt aber für die Löschung seines Rechts 10 000 RM. Die Rechtsprechung und Literatur steht nun auf dem Standpunkt, daß dem A. die Erfüllung des Vertrages nicht mehr zugemutet werden könne, weil er sonst das Grundstück ohne Gegenwert hergeben müßte und gestattet ihm den Rücktritt vom Vertrage. Allein das Argument für diesen Rücktritt zeigt, daß diese Ansicht einen Irrweg geht. Stellt man nämlich die Unzumutbarkeit der Unmöglichkeit gleich, wie es ja geschieht, dann kann man nicht sagen, daß der Schuldner seine Leistung ohne Gegenwert hergeben muß, mithin zur Erbringung der unzumutbaren Leistung gezwungen wird, weil ja auch bei der Unmöglichkeit ein Zwang, die unmögliche Leistung zu erbringen, nicht besteht, allerdings auch nicht bestehen kann. Stellt man aber beide Rechtsinstitute gleich, so heißt das nicht nur die Begriffe, sondern auch die Rechtsfolgen zu identifizieren. Mithin entfällt auch bei der Unzumutbarkeit die vorgesehene Erfüllung des Vertrages, und es treten lediglich die Rechtsfolgen ein, die für die echte Unmöglichkeit vorgesehen sind. Der Rücktritt im Rahmen der Unzumutbarkeit ist aber nicht nur theoretisch-konstruktiv, sondern auch rechtspolitisch unhaltbar: er ist im Interesse des Rechtsverkehrs abzulehnen. Die Unzumutbarkeit kann nämlich, wird sie begrifflich der Unmöglichkeit schlechthin gleichgesetzt, auf keinen Fall eine objektive Unmöglichkeit darstellen, weil nicht nur kein Dritter, sondern sogar der Schuldner leisten könnte, vielmehr höchstens ein subjektives anfängliches Unvermögen, mit der Besonderheit, daß der Schuldner zwar leisten könnte, aber nicht leisten will, mithin hier das subjektive „Nichtwollen" dem subjektiven „Nichtkönnen" gleichgesetzt wird. Für dieses subjektive „Unvermögen" müßte der Schuldner aber ebenso eintreten wie für das echte, das seine Regelung durch argumentum e contrario aus § 306 BGB findet; andernfalls nimmt man jeder Willenserklärung im Rechtsleben die Bedeutung. Der Schuldner hat nun einmal erklärt, so wie bestimmt, leisten zu können; wie leicht wäre es gewesen, eine Bedingung einzufügen, um die Unzumutbarkeit auszuschalten. Der Schuldner war sich in dem oben angeführten Beispiel bewußt, daß er sein Können über den Willen eines Dritten festlegte und müßte sich deshalb auch daran halten lassen[34]). Dieser Fall steht dem gleich, daß jemand verspricht, eine Sache zu leisten, die einem anderen gehört. Dort würde eine Haftung aus argumentum e contrario zu § 306 BGB herzuleiten sein: warum nicht bei der Unzumutbarkeit ebenso? Es wäre nur billig, beide Fälle gleich zu behandeln. Das führte dann zunächst zu einem Scha-

34) Anders beim Wegfall der Geschäftsgrundlage, der von den Parteien in keiner Weise vorauszusehen war.

densersatzrecht des Gläubigers, und außerdem, wenn die Leistung in „zumutbarer" Weise erbracht wird, vgl. Teilleistung! , zur Möglichkeit der Ablehnung dieser und Schadensersatz bezüglich der ganzen Leistung bzw. Rücktrittsrecht des Gläubigers, wenn diese Leistung für ihn ohne Interesse ist, und er einen Schadensersatz nicht geltend macht. Das aber in der Rechtsprechung und Literatur anerkannte Rücktrittsrecht des Schuldners ist in keiner Weise gerechtfertigt, es ist insbesondere mit Rücksicht auf dessen gewissermaßen fahrlässiges Verhalten im Interesse der Verkehrssicherheit abzulehnen.

Verzug des Schuldners: §§ 284 ff, 326 BGB.

§ 284 BGB: „Leistet der Schuldner auf eine Mahnung des Gläubigers nicht, die nach dem Eintritte der Fälligkeit erfolgt, so kommt er durch die Mahnung in Verzug. Der Mahnung steht die Erhebung der Klage auf die Leistung sowie die Zustellung eines Zahlungsbefehls im Mahnverfahren gleich.

Ist für die Leistung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt, so kommt der Schuldner ohne Mahnung in Verzug, wenn er nicht zu der bestimmten Zeit leistet. Das gleiche gilt, wenn der Leistung eine Kündigung vorauszugehen hat und die Zeit für die Leistung in der Weise bestimmt ist, daß sie sich von der Kündigung ab nach dem Kalender berechnen läßt."

§ 285 BGB: „Der Schuldner kommt nicht in Verzug, solange die Leistung infolge eines Umstandes unterbleibt, den er nicht zu vertreten hat."

§ 286 BGB: „Der Schuldner hat dem Gläubiger den durch den Verzug entstandenen Schaden zu ersetzen.

Hat die Leistung infolge des Verzugs für den Gläubiger kein Interesse, so kann dieser unter Ablehnung der Leistung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Die für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften der §§ 346 bis 356 finden entsprechende Anwendung."

§ 287 BGB: „Der Schuldner hat während des Verzugs jede Fahrlässigkeit zu vertreten. Er ist auch für die während des Verzugs durch Zufall eintretende Unmöglichkeit der Leistung verantwortlich, es sei denn, daß der Schaden auch bei rechtzeitiger Leistung eingetreten sein würde."

Der Schuldner kommt in Verzug, wenn er die fällige und angemahnte Leistung schuldhaft nicht erbringt. Die hier eintretenden Folgen sind der zu ersetzende Verzugsschaden und eine erweiterte Haftung des Schuldners.

Der Verzug ist der Unmöglichkeit parallel zu stellen; zwischen beiden besteht nur ein gradueller Unterschied. Beide Begriffe hat man als negative Vertragsverletzung bezeichnet, weil in beiden Fällen der Vertrag nicht seiner Bestimmung gemäß eingehalten wird, nur dadurch unterschieden, daß bei der Unmöglichkeit überhaupt nicht erfüllt wird, während beim Verzug die Erfüllung nur nicht rechtzeitig erfolgt. Es ist aber offensichtlich, daß sowohl die eine wie die andere Tatsache einen Schaden verursachen kann. Bei der Unmöglichkeit knüpft sich die Schadensersatzpflicht an die feststehende Nichterfüllung und an das Moment des zu vertretenden Verschuldens. Diese bestehende Basis der Nichterfüllung, beruhend auf der eindeutig gegebenen Unmöglichkeit, mußte parallel beim Verzug erst geschaffen wer

den, da aus den objektiv vorhandenen Umständen allein durchaus nicht immer ersichtlich ist, wann eine Leistung nicht rechtzeitig erfolgt. Der Gesetzgeber sagt deshalb, daß die Leistung dann nicht rechtzeitig ist, wenn Fälligkeit und Mahnung vorliegen. „Fälligkeit" besagt, daß der Gläubiger sie in diesem Zeitpunkt verlangen k a n n, und „Mahnung", daß er sie verlangen w i l l. Beide Momente müssen für den Verzug zusammentreffen, da die Tatsache allein, ein Recht geltend machen zu können, nicht schon unbedingt identisch ist mit dem geltendgemachten Recht, und nur aus dem letzteren sich rechtliche Folgen herleiten lassen. Ist aber ausnahmsweise das Geltendmachenkönnen mit dem Recht schlechthin identisch, dann ist klar, daß in diesen Fällen die Mahnung unterbleiben kann, da eine doppelte Geltendmachung sich erübrigt. Wann diese Umstände im einzelnen gegeben sind, ergibt sich vor allem aus dem Willen der Parteien. Einen Fall hat der Gesetzgeber in § 284 Abs. II BGB hervorgehoben: wenn die Zeit der Leistung nach dem Kalender bestimmt ist. Man unterstellte dabei, daß die Parteien gerade durch die auf den Tag genaue Festlegung der Leistung erklären wollen, daß die Leistung unter allen Umständen in dem vorgesehenen Zeitpunkt zu fordern und zu erbringen sei. Durch dieses im Voraus festgelegte Fordern ist eine weitere Mahnung am Fälligkeitstage entbehrlich geworden. Gleichzubehandeln mit diesem Fall ist der, daß die Leistungspflicht unmittelbar auf dem Gesetz beruht, da hierbei der Leistungszeitpunkt, den im anderen Fall die Parteien bestimmen, nicht erst durch diese, sondern unmittelbar vom Gesetz, aber mit gleicher Eindeutigkeit, festgelegt wird. Ein weiterer Fall, in dem die Praxis[35]) eine Mahnung für überflüssig erachtet, ist der, daß der Schuldner selbst bestimmt erklärt hat, nicht leisten zu wollen. Mit Recht kann hier von einer Mahnung deshalb abgesehen werden, weil der Schuldner dieser zuvorkommt, indem er erklärt, daß unabhängig davon, ob der Gläubiger sein Recht geltend machen will oder nicht, er nicht leisten werde; er muß daher auch auf sich nehmen, so gestellt zu werden, als hätte der Gläubiger sein Recht geltend gemacht; denn auch diesen Fall hat der Schuldner in Betracht gezogen und im voraus abgelehnt.

Durch Fälligkeit und Mahnung also — im Regelfall — wird die Basis der nicht rechtzeitigen Erfüllung g e s c h a f f e n. Um rechtliche Folgen daraus herzuleiten, muß aber zu der objektiven Basis noch das subjektive Verschulden treten. Die Tatsache der Nichtrechtzeitigkeit, festgestellt durch Fälligkeit und Mahnung, gibt nämlich nur die Voraussetzung für die Möglichkeit eines S c h a d e n s, für dessen Vertretbarkeit jedoch ist — parallel der Unmöglichkeit — maßgebend ein Verschulden. Niemand ist über sein Können hinaus verpflichtet; deshalb hat nach § 276 BGB der Schuldner nur Vorsatz und Fahrlässig-

35) RG 51/347; 67/317.

keit zu vertreten. Trifft ihn ein Verschulden, dann treten die Folgen der §§ 286, 287 BGB ein.

§ 286 Abs. I BGB stellt eine vertragliche Schadensersatzpflicht dar. Sie entsteht durch schuldhafte Nichteinhaltung des bestehenden Vertrages.

§ 286 Abs. II BGB bedeutet die getreue Parallele zu § 280 Abs. II BGB. — Sowohl Unmöglichkeit wie Verzug können einen Schaden verursachen. Dieser Schaden kann verringert werden, bei der Unmöglichkeit dadurch, daß zum Teil erfüllt wird (§ 280 Abs. II BGB), beim Verzug dadurch, daß später erfüllt wird (§ 286 Abs. II BGB). Eine solche Verringerung des Schadens ist aber nur möglich, nicht dagegen immer gegeben. Ebenso wie bei der Leistung, die als zum Teil noch möglich erbracht wird, kann auch bei der Leistung nach Verzug dem Gläubiger das Interesse an dieser nicht mehr vertragsgemäßen Leistung fehlen. Man stelle sich nur vor, daß der Gläubiger die Leistung lediglich für den Fälligkeitszeitpunkt, aber für keinen späteren brauchte. Ihm mußten daher in § 286 Abs. II BGB dieselben Rechte gegeben werden, wie bei der subjektiv untauglichen Teilleistung des § 280 Abs. II BGB.

§ 287 BGB erweitert die Haftung des Schuldners während des Verzugs auf jede Fahrlässigkeit und auf Zufall. Diese Erweiterung ist nicht etwa eine willkürliche Strafe für das Verschulden des Schuldners, das darin besteht, nicht rechtzeitig geleistet zu haben, sondern beruht auf der logischen und billigen Erwägung, daß die Gefahr auf den Gläubiger übergegangen wäre, wenn der Schuldner rechtzeitig geleistet hätte. Der Gläubiger hätte für die eigene Sache nun im eigenen Interesse die größtmögliche Sorgfalt verwendet. Er kann sich daher auf den Standpunkt stellen, daß der beim Schuldner eingetretene Schaden, auch der leicht fahrlässig verursachte oder zufällige, nicht eingetreten wäre, wenn der Schuldner rechtzeitig an ihn geleistet hätte, bzw. daß er wegen der veränderten Besitzverhältnisse überhaupt nicht hätte eintreten können. Damit erklärt sich auch die exceptionelle Vorschrift des S. 2, daß für den durch Zufall eingetretenen Schaden der Schuldner dann nicht verantwortlich ist, wenn er auch bei rechtzeitiger Leistung eingetreten sein würde, etwa weil das Leistungsobjekt beim Schuldner auch nach der Leistung verblieben wäre. Es handelt sich eben, wie schon anfangs erwähnt, nicht um eine blinde Strafbestimmung, die den Schuldner schlechthin treffen soll, sondern um eine gerechte Interessenabwägung, bei der lediglich zu berücksichtigen ist, wie der Gläubiger gestellt wäre, wenn der Schuldner nicht schuldhaft von seiner Verpflichtung abgewichen wäre.

§ 326 BGB: „Ist bei einem gegenseitigen Vertrage der eine Teil mit der ihm obliegenden Leistung im Verzuge, so kann ihm der andere Teil zur Bewirkung der Leistung eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, daß er die Annahme der Leistung nach dem Ablaufe der Frist ablehne. Nach dem Ablaufe

der Frist ist er berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder von dem Vertrage zurückzutreten, wenn nicht die Leistung rechtzeitig erfolgt ist; der Anspruch auf Erfüllung ist ausgeschlossen. Wird die Leistung bis zum Ablaufe der Frist teilweise nicht bewirkt, so findet die Vorschrift des § 325 Abs. I S. 2 entsprechende Anwendung.

Hat die Erfüllung des Vertrages infolge des Verzugs für den anderen Teil kein Interesse, so stehen ihm die in Abs. I bezeichneten Rechte zu, ohne daß es der Bestimmung einer Frist bedarf."

§ 326 BGB bringt neben dem Recht des § 286 Abs. I BGB, der auch im Rahmen des gegenseitigen Vertrages anwendbar ist, zwei weitere Rechte des Gläubigers bei vorliegendem Schuldnerverzug: Schadensersatz wegen Nichterfüllung und Rücktritt. Verständlich ist der Aufbau dieser Verzugsregelung, wenn man darüber klar ist, daß § 326 Abs. I BGB die Parallele zu § 286 Abs. II BGB darstellt, soweit es sich um den Unterschied zwischen einseitigem und gegenseitigem Vertrag handelt, und die Parallele zu § 283 BGB, soweit sie zu der Unmöglichkeit zu ziehen ist.

Vergleicht man § 286 Abs. II BGB mit § 326 Abs. I BGB, so findet man einen Unterschied zwischen beiden Bestimmungen insofern, als sich bei den einseitigen Schuldverhältnissen die Schadensersatzpflicht des Schuldners unmittelbar an den Verzug knüpft, während im Rahmen des gegenseitigen Vertrages zwischen Verzug und Ablehnung der Leistung, verbunden mit der Schadensersatzpflicht oder dem Rücktritt, noch eine vom Gläubiger zu setzende Frist tritt. Die Fristsetzung ist die Folge aus der engen Verbundenheit der Parteien beim gegenseitigen Vertrage, bei dem die beiderseitigen Leistungen in genetischer und funktioneller Abhängigkeit voneinander stehen. Während der Verzug allein für die Schadensersatzpflicht aus dem Verzuge immer als ausreichend anzusehen ist, § 286 Abs. I BGB, verlangt die strenge Doppelseitigkeit des gegenseitigen Vertrages und die Verkehrssicherheit, daß eindeutig klargelegt wird, wann für beide Teile die bestehenden Vertragsvereinbarungen als hinfällig zu betrachten sind. Bei § 286 Abs. II BGB war eine entsprechende Bestimmung einfach deshalb entbehrlich, weil ein Gegner im eigentlichen Sinn, auf den bzw. auf dessen Rechte und Pflichten Rücksicht zu nehmen wäre, nicht vorhanden ist; der Gläubiger allein hat dort entscheidende Rechte, seine omnipotente Stellung ermöglicht es, sie gewissermaßen rücksichtslos geltend zu machen.

Nach dem Wortlaut des § 326 BGB muß der Schuldner sich zunächst im Verzuge befinden, um ihm dann die Nachfrist setzen zu können. Die Rechtsprechung hat sich dahingehend entwickelt, daß Mahnung und Fristsetzung auch gleichzeitig erfolgen dürfen[36]). Darin liegt aber keine eigentliche Abweichung von der gesetzlichen Regelung. Die Übung der Praxis entspricht nur dem mit der Fristsetzung vom Gesetzgeber verfolgten Interesse der Vertragsklarheit und bedeutet auch

36) RG 93/180.

keine Benachteiligung des Schuldners, etwa weil ein früherer Zeitpunkt als der vom Gesetzgeber gewünschte festgelegt wäre. Stellt man fest, daß die Mahnung letzter Akt des Verzuges ist, Abschluß gegebener Voraussetzungen, nämlich der nicht erbrachten und fälligen Leistung, dann ist schon mit der Mahnung der Verzug des Schuldners, sofern ihn ein Verschulden trifft, begründet. Verbindet der Gläubiger mit der Mahnung die Fristsetzung, dann ist dem Erfordernis des § 326 Abs. I BGB — vorliegender Verzug — durchaus genügt, während ebenso selbstverständlich ist, daß eine vor der Mahnung gestellte Frist wirkungslos sein muß[37]). Ein weiterer in der Rechtsprechung entwickelter Grundsatz ist der, daß Mahnung und Fristsetzung überflüssig sind, wenn der Schuldner bestimmt erklärt, nicht leisten zu wollen[38]). Es handelt sich dabei um den schon oben[39]) behandelten Grundsatz.

Nach ungenutztem Ablauf der vom Gläubiger gesetzten Frist ist das Recht des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung bzw. des Rücktritts gegeben. Ohne hier noch einmal auf die rechtspolitische Begründung einzugehen, sei lediglich auf die Parallele in § 283 BGB verwiesen, insofern, als in beiden Bestimmungen durch den Willen der Parteien eine Sach- und Rechtslage gestaltet wird, und zwar so endgültig, daß eine Abweichung von dieser Gestaltung nicht mehr möglich ist: „Der Anspruch auf Erfüllung ist ausgeschlossen".

Wegen § 326 Abs. I S. 3 BGB vgl. die Ausführungen zu § 325 Abs. I S. 2 BGB.

§ 326 Abs. II BGB sieht von der Fristsetzung ab, wenn der andere Teil an der Erfüllung des Vertrages kein Interesse mehr hat. Der Begriff des Interesses läßt auf eine subjektive Schätzung schließen, deren Richtigkeit der Gläubiger zu beweisen hat[40]). Da damit auf eine Tatsache abgestellt wird, die dem Schuldner keineswegs immer erkennbar zu sein braucht, scheint die Regelung des Abs. II gegenüber Abs. I zunächst nicht unbedingt begründet. Oben[41]) wurde angenommen, daß die in § 326 Abs. I BGB vorgesehene Fristsetzung der Gegenseitigkeit des Vertrages entspreche und zur Klärung der beiderseitigen Rechte und Pflichten diene. Eine solche Berücksichtigung auch der schuldnerischen Rechtslage scheint aber dann zu fehlen, wenn nach Abs. II lediglich das subjektive Interesse des Gläubigers entscheidet. Dennoch dürfte sowohl die obige Auslegung wie auch die gesetzliche Regelung des Abs. II begründet und billig sein. Es gibt nämlich Fälle, in denen das Interesse des Gläubigers an der rechtzeitigen Erfüllung des Vertrages über die Berücksichtigung der schuldnerischen

37) RG 93/180.
38) RG 102/262.
39) S. 30.
40) Enneccerus, § 53 III.
41) S. 32.

Lage, zumal auf dieser Seite ein Verschulden mitspielt, zu stellen ist. Zu denken ist an das Fixgeschäft. Dem Gläubiger mußte Gelegenheit gegeben werden, beim Vorliegen einer solchen Obligation seine Rechte aus der schuldnerischen Vertragsverletzung unmittelbar nach dieser geltend zu machen, weil hier begriffsnotwendig die durch die Fristsetzung möglicherweise herbeigeführte Erfüllung für ihn wertlos wäre. Dieses Fehlen jeglichen späteren Leistungsinteresses verbietet einfach die weitere Interessenberücksichtigung des Vertragsverletzers. Da im übrigen dem Schuldner das gewünschte Erfordernis der fixen Leistung regelmäßig bekannt ein wird, ist die Bestimmung des Abs. II umsoweniger unbillig.

Ein Vergleich von Abs. I und II darf jedoch nicht dazu führen, in der Fristsetzung lediglich einen Ausdruck für das Interesse des Gläubigers an der Vertragsleistung zu sehen. Wäre es nämlich so, dann wäre dem Gläubiger und seinem Interesse gerade durch die Bestimmung des Abs. I insofern schlecht gedient, als er mit der Fristsetzung eine Begrenzung schafft, nach der er Erfüllung nicht mehr verlangen kann. Hätte er also ein besonders großes Interesse an dem Erbringen der Leistung zu irgendeinem Zeitpunkt, dann dürfte er entgegen der Gesetzesfassung eine Frist überhaupt nicht setzen, um den Erfüllungsanspruch nicht auszuschließen. Aus demselben Grunde kann man auch hierin keine bloße Zwangsmaßnahme ersehen, gerichtet auf Erfüllung, weil ein solcher Zwang garnicht möglich ist und sich immer in das Gegenteil verkehren könnte. Ebensowenig bedeutet die Fristsetzung etwa eine Beweiserleichterung, weil das Nichtvorliegen des Gläubigerinteresses an dem Austausch der nun einmal vereinbarten Leistungen, daß der Erleichterung nicht unterläge, gerade das schwieriger zu Beweisende wäre. — Wie schon anfangs erwähnt, zeigt gerade der Vergleich mit Abs. II, daß die Fristsetzung lediglich den Weg darstellt, das gegenseitige Schuldverhältnis zu klären, allerdings nur soweit, als diese Klärung billig ist und die berechtigten Gläubigerinteressen nicht verletzt.

Verzug des Gläubigers: §§ 293 ff BGB.

§ 293 BGB: „Der Gläubiger kommt in Verzug, wenn er die ihm angebotene Leistung nicht annimmt."

§ 299 BGB: „Ist die Leistungszeit nicht bestimmt, oder ist der Schuldner berechtigt, vor der bestimmten Zeit zu leisten, so kommt der Gläubiger nicht dadurch in Verzug, daß er vorübergehend an der Annahme der angebotenen Leistung verhindert ist, es sei denn, daß der Schuldner ihm die Leistung eine angemessene Zeit vorher angekündigt hat."

§ 300 Abs. I BGB: „Der Schuldner hat während des Verzugs des Gläubigers nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten."

§ 304 BGB: „Der Schuldner kann im Falle des Verzugs des Gläubigers Ersatz der Mehraufwendungen verlangen, die er für das erfolglose Angebot, sowie für die Aufbewahrung und Erhaltung des geschuldeten Gegenstandes machen mußte."

Aus der Pflicht des Schuldners, die vertragliche Leistung zu erbringen, folgt die Pflicht des Gläubigers, diese anzunehmen, bzw. den Schuldner so zu stellen, als hätte der Gläubiger angenommen. Der Gläubiger ist zur Annahme verpflichtet, wenn ihm die vertragsgemäße Leistung angeboten wird. Mit diesem Zeitpunkt kommt er also in Verzug, ohne daß es eines Verschuldens seinerseits bedarf. Diese letztere Abweichung gegenüber den Voraussetzungen des Schuldnerverzugs dürfte ihre Begründung in der einfachen Erwägung haben, daß zur Annahme der Leistung nicht ebensoviel gehört wie zu ihrem Erbringen. Das Verhalten des Schuldners ist gegenüber dem des Gläubigers ein viel aktiveres: er ist der eigentlich Leistende. Leisten erfordert Überwinden von Widerständen, allerdings hier nur insoweit, als das Können reicht bzw. reichen müßte. Daher das Erfordernis des Verschuldens beim Schuldnerverzug. Der Gläubiger dagegen als der eigentlich Empfangende hat mit ähnlichen Widerständen nicht zu rechnen. Da wo solche auftauchen können, nämlich bei Annahme der Leistung, die nicht nach einem bestimmten Zeitpunkt festgelegt ist, ist diesem Umstand in § 299 BGB Rechnung getragen, insofern als eine vorübergehende Annahmeverhinderung keinen Verzug des Gläubigers begründet. Niemand kann verpflichtet sein, sich zur Annahme einer Leistung, die in einer unbestimmten Zeitdauer erbracht werden kann, ständig bereit zu halten. Das Fehlen einer entsprechenden Bestimmung für das Fixgeschäft erklärt sich aus folgender billiger Erwägung, daß der Schuldner, der grundsätzlich vom Gläubiger in Anspruch genommen und nach dessen Willen tätig wird, nicht dadurch schlechter gestellt werden darf, daß der Gläubiger nun durch irgendwelche Umstände verhindert wird, die von ihm zu einem eindeutig festgelegten Zeitpunkt geforderte Leistung anzunehmen. Eine Konsequenz entsprechend dem einmal geäußerten Willen, unter Berücksichtigung des überwiegenden Interesses an der Leistung und der entsprechenden Aufwendungen. Mit Rücksicht darauf, daß die Folgen dieses Verzuges verhältnismäßig geringe sind (§§ 300—304 BGB), ist die zunächst rigoros scheinende Regelung unbedingt zu billigen.

Als Folgen des Verzuges erwähnt § 300 Abs. I BGB die verringerte Haftung des Schuldners. Dieser muß nämlich annähernd so gestellt werden, als hätte er geleistet; das nicht vertragsmäßige Verhalten des anderen Teils darf ihn nicht belasten; er hat darum nur ein grobes Verschulden zu vertreten. Als weitere Folge erwähnt § 304 BGB das Recht des Schuldners auf Ersatz von Mehraufwendungen. Auch diese Regelung erklärt sich ohne weiteres aus der gegebenen Sach- und Rechtslage und entspricht dem Schadensersatzrecht des Gläubigers im Fall des Schuldnerverzuges aus diesem Verzug.

Bemerkenswert ist noch, daß hier die spätere Leistung, entsprechend § 286 Abs. II BGB, niemals abgelehnt, aber auch nicht analog § 286 Abs. I BGB Schadensersatz verlangt werden kann. Für den Gläubiger

ist das selbstverständlich, da auf seinem Verhalten die Verspätung beruht. Aber, — was zunächst zweifelhaft erscheinen könnte - , auch dem berechtigten Interesse des Schuldners ist genügt. Man nehme an, daß zwischen G und S die Hingabe eines verzinslichen Darlehns vereinbart worden ist, und G an der Annahme des Geldes zu dem vertraglich bestimmten Zeitpunkt verhindert ist. S hat damit gegen G aus dem Gläubigerverzug zunächst keine Rechte, insbesondere auch nicht den Zinsanspruch, da dieser von § 304 BGB nicht erfaßt wird. Er hat auch nicht die Möglichkeit, das Geld etwa an X darlehnsweise zu übereignen, ohne sich G gegenüber, der später die Leistung verlangt, schadensersatzpflichtig zu machen, was um so härter scheint, wenn X einen höheren Zinssatz zu zahlen bereit ist. Dennoch ist die gesetzliche Regelung zu billigen. Der Schuldner darf nämlich durch den Verzug ebensowenig besser als schlechter gestellt werden, d. h. er muß möglichst so gestellt werden, als hätte er geleistet. Damit wird die Weitergabe des Geldes an X ausgeschlossen. Was aber den Zinsanspruch gegenüber G anlangt, so ist, falls den Gläubiger bei der Nichtannahme der Leistung k e i n Verschulden trifft, sein Ausschluß entsprechend der Gläubigerverzugsregelung insofern begründet, als er sich nur als Schadensersatz darstellen könnte, diesem aber mangels Verschulden des Gläubigers die Grundlage fehlte. Trifft den Gläubiger aber bei der Nichtannahme ein Verschulden, so hat der Schuldner zwar nicht aus dem Gläubiger-, wohl aber aus dem Schuldnerverzug nach § 286 Abs. I BGB einen Schadensersatzanspruch, da der Gläubiger gleichzeitig mit seiner Verpflichtung zur Abnahme und zur Gegenleistung (Zinszahlung) im Leistungsverzuge ist[42]). Abgesehen von diesem Beispiel schließt jedoch die Tatsache, daß der Gläubiger nicht zur Mitwirkung, zur Aufhebung der Schuld verpflichtet ist, den Anspruch auf Ersatz des Schadens, der dem Schuldner durch den Annahmeverzug entstanden ist, schlechthin aus[43]). Insofern bestand im Rahmen der §§ 293 ff BGB weder eine Notwendigkeit für die Vertragsauflösung noch für die Einführung einer Schadensersatzmöglichkeit beim Gläubigerverzug.

3. Positive Vertragsverletzung.

Man versteht darunter das schuldhafte Verhalten des Schuldners, das trotz Leistung, — darum positiv! —, einen Schaden verursacht: eine schuldhaft nicht vertragsmäßige, mangelhafte Leistung bewirkt einen weiteren, über die Mangelhaftigkeit hinausgehenden Schaden.

Die Lehre von der positiven Vertragsverletzung hat sich in der Rechtsprechung und Literatur als Lückenbüßer des Gesetzes entwickelt, da die im Gesetz geregelte negative Vertragsverletzung, Unmöglichkeit

42) Enneccerus § 59 IV.
43) Mot. II 76.

und Verzug, nicht alle Fälle schuldhaften Verhaltens und vertraglich verursachten Schadens umfaßt. Eine weitergehende Schadensersatzverpflichtung entsprach daher einem dringenden Rechtsbedürfnis. Das RG begründet sie aus § 276 BGB[44]) und neuerdings auch mit der Berufung auf Treu und Glauben[45]). Die Literatur dagegen lehnt überwiegend die unmittelbare Anwendung des § 276 BGB ab, weil § 276 BGB nur die Umstände angebe, die der Schuldner zu vertreten habe, nicht aber auch bestimme, daß der Schuldner immer bei Vorsatz und Fahrlässigkeit Schadensersatz zu leisten habe[46]). Sie wendet daher die Vorschriften über Unmöglichkeit und Verzug analog an und entnimmt aus den §§ 280, 286 BGB den Grundgedanken, daß der Schuldner für jede schuldhafte Verletzung der Forderung, also auch für die positive Vertragsverletzung, schadensersatzpflichtig sei und kommt auf diese Weise zu dem gleichen Ergebnis.

Ohne eine dieser Ansichten hier zu vertreten, darf an dieser Stelle nur festgestellt werden, daß die Schadensersatzverpflichtung aus der sog. positiven Vertragsverletzung ohne Weiteres ein Ausfluß des bestehenden Vertrages ist. Es ist gänzlich unersichtlich, warum das Gesetz nur Unmöglichkeit und Verzug gerade als schadenverursachend angesehen hat, da die positive, aber schlechte Erfüllung den Vertrag ebenso verletzen kann. Welchem Schuldtyp die verletzende Leistung angehört, ist dabei allerdings unerheblich, so daß sich im Rahmen dieser Arbeit eine weitere Betrachtung der positiven Vertragsverletzung erübrigt.

4. Schlechterfüllung: §§ 462, 463 BGB.

§ 462 BGB: „Wegen eines Mangels, den der Verkäufer nach den Vorschriften der §§ 459, 460 zu vertreten hat, kann der Käufer Rückgängigmachung des Kaufes (Wandelung) oder Herabsetzung des Kaufpreises (Minderung) verlangen."

§ 463 BGB: „Fehlt der verkauften Sache zur Zeit des Kaufes eine zugesicherte Eigenschaft, so kann der Käufer statt der Wandelung oder Minderung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Das gleiche gilt, wenn der Verkäufer einen Fehler arglistig verschwiegen hat."

Wandelung und Minderung sind die Folgen der Schlechterfüllung[47]); dagegen gibt es hier keinen Leistungsersatz (vgl. § 480 BGB) und grundsätzlich keinen Schadensersatz. Ein Leistungsersatz kommt im Rahmen der Speziesschuld einfach deshalb nicht in Frage, weil der Schuldgegenstand individuell und von Anfang an als einmaliger bestimmt war, so daß er niemals mehr durch einen anderen ersetzt wer

44) RG 63/297.
45) RG 106/22.
46) So z. B. Enneccerus § 55 II.
47) Diese Folgen treffen den Verkäufer, gleichviel ob der Mangel ein anfänglicher oder erst nach dem Vertragsschluß bis zum Gefahrübergang, mit oder ohne Verschulden des Verkäufers, entstanden ist.
48) S. aber Anm. 1 S. 1 und die Ausführungen S. 5 f.

den kann[48]). Von einer Schadensersatzpflicht sah der Gesetzgeber wohl deshalb ab, weil die Schlechterfüllung grundsätzlich nicht schon ein Verschulden des Verkäufers bedeutet, vielmehr meist auf Umständen beruht, die außerhalb seiner bewußten und unentschuldbaren Willensrichtung liegen. Deutlich erkennbar wird dieser Sachverhalt dann, wenn man berücksichtigt, daß nach dem Willen des Gesetzgebers obige Bestimmungen auch im Handelsrecht zur Anwendung kommen, wo der Verkäufer gewerbsmäßig handelnd auftritt und deshalb umsoweniger die Beschaffenheit der Verkaufsobjekte in jedem Fall übersehen kann. Nur wenn auf seiten des Verkäufers ein Verschulden bei der Lieferung der mangelhaften Sachen liegt, und dieses Verschulden ein besonders grobes ist (Zusicherung, arglistiges Verschweigen), hat der Gesetzgeber in § 463 BGB die Schadensersatzmöglichkeit vorgesehen. Wegen der rechtspolitischen Wertung dieser begrenzten Schadensersatzmöglichkeit darf auf die Ausführungen in Anm. 16 S. 13 verwiesen werden.

Die in § 462 BGB vorgesehenen Rechtsbehelfe entstammen dem Umstand, daß die Schlechterfüllung trotz Abweichung vom Vertragszweck den Vertrag noch bestehen läßt, weil sie nicht Voraussetzung, sondern Folge der Vertragsvereinbarung ist. Da andererseits aber der Zweck nicht erreicht wird, und zwar auf Grund des schuldnerischen Verhaltens, wenn auch möglicherweise ohne Verschulden, mußte auf der Vertragsbasis ein gerechter Ausgleich geschaffen werden. Rückgängigmachung des Kaufes und Herabsetzung des Kaufpreises in ihrer labilen Anordnung lassen den Ausgleich in dem Umfang zu, der dem Interesse des Käufers der schlechten Leistung entspricht, ohne den vielleicht schuldlosen Verkäufer unbillig zu belasten: bei vollkommenem Fehlen des Interesses Wandelung, sonst Minderung. Über die Parallele dieser beiden Rechtsbehelfe zur Unmöglichkeit bzw. Teilmöglichkeit vgl. oben S. 12 f.

C. Gattungsschuld.

I. Begriff.

Ebensowenig wie für die Speziesschuld gibt das Gesetz für die Gattungsschuld eine Definition. Es fügt nur in die allgemeinen Bestimmungen der Schuldverhältnisse einige Sondervorschriften ein, die sich auf die Gattungsschuld beziehen. Um diese Vorschriften rechtspolitisch werten zu können, muß zunächst der Begriff des diesbezüglichen Schuldtyps festgestellt werden.

Ganz allgemein läßt sich sagen, daß der Gegenstand der Gattungsschuld nach Artmerkmalen bezeichnet ist. Daher ist jedes Objekt, das die angegebenen Eigenschaften besitzt, sowohl vom Gläubiger wie vom Schuldner aus gesehen[49] taugliches Erfüllungsmittel; jedes Objekt ist auf Grund der Gleichartigkeit aller vom Standpunkt der Vertragserfüllung aus durch jedes Objekt desselben Komplexes artgleicher Sachen ersetzbar. Der Leistungsgegenstand hat also die Eigenart, Eigenschaften aufzuweisen, die ihm mit einer größeren oder kleineren Anzahl anderer Sachen gemeinsam sind; er ist nur durch die Gemeinsamkeit der Objekte bestimmt, die die sog. Gattung bilden. Hierbei braucht der Begriff der Gattung nicht mit dem des Sprachgebrauchs übereinstimmen, wenn dies auch oft oder sogar regelmäßig der Fall sein wird. Es ist aber auch durchaus möglich, daß die die Gattungsschuld bestimmenden Merkmale nicht, wie es für die Objekte der „Gattung" nach dem Sprachgebrauch eigentümlich ist, nach den inneren Eigenschaften der zur Gattung gehörigen Sachen, sondern nach gewissen individuellen Beziehungen bezeichnet werden. Man stelle sich nur vor, daß eine Sache oder Sachgesamtheit geschuldet ist, die zu einem bestimmten individuellen Vorgang oder Menschen in einer eindeutig bestimmten Beziehung steht, z. B. ein Bild eines Künstlers. Der Sprachgebrauch

---

49) Man könnte sogar, ohne sich der römischrechtlichen Auffassung von der unbeschränkten und allein ausschlaggebenden Herrschaftsstellung des Gläubigers anzuschließen, sagen, daß lediglich entscheidend sei, ob der Gläubiger die einzelnen Stücke des Schuldkomplexes als gleichwertig betrachtet, so daß sie von seinem Standpunkt aus als vertretbar erscheinen; denn er ist es, der den Schuldner in Anspruch nimmt und daher regelmäßig festlegen kann, wie das Schuldverhältnis zu gestalten ist. Die Mitwirkung des Schuldners ist also grundsätzlich nur eine zustimmende, nicht nach dem juristisch-technischen, sondern dem gewöhnlichen Sprachgebrauch. Jedoch dürfte mit Rücksicht darauf, daß ohne jede Willensbestimmung des Schuldners ein Schuldverhältnis überhaupt nicht zustande kommt, und weiterhin auch — regelwidrig — eine Omnipotenzstellung des Schuldners möglich ist, - man denke an Warenlieferungen in Kriegszeiten -, obige Begriffsbestimmung korrekter erscheinen, wenn auch die letztlich betonte grundsätzlich den tatsächlichen Umständen genügt und entspricht.

wird hier kaum eine Gattung annehmen; und doch liegt eine Gattungsschuld vor, weil ein Objekt geschuldet ist, das die gleichen Artmerkmale aufweist wie andere, gemeinsam mit diesen generell, allerdings nach einer bestimmten Beziehung bestimmt; jedes von ihnen kann zum Zweck der Erfüllung durch jedes dieser anderen vertreten werden.

Unerheblich ist, nach welchen Merkmalen die Gattung bezeichnet wird, aus der geleistet werden soll. Auch bei individueller Bestimmung der Gattung liegt eine Gattungsschuld vor, wenn nur ihre einzelnen Bestandteile im Rahmen des Schuldverhältnisses als Erfüllungsobjekte gegenseitig vertretbar sind.

Aus den bisherigen Ausführungen ergibt sich, daß zwischen Gattungs- und Speziesschuld kein quantitativer, sondern ein qualitativer, und zwar vollkommen qualitativer Unterschied besteht. Entweder ist eine Sache individuell bestimmt oder generell, nach Artmerkmalen, beide Bestimmungen schließen sich gegenseitig aus.

Wählen die Parteien als Schuldtyp die Gattungsschuld, dann hängt der Umfang der Gattung davon ab, ob die Artmerkmale mehr oder weniger spezialisiert sind. Mit zunehmender Spezialisierung verringert sich der Kreis der Leistungsobjekte. Schließlich ist es denkbar, daß die gesamte „Gattung" nur aus einem Objekt besteht[50]). Auch da soll eine Gattungsschuld vorliegen. Diese letztere, in der Literatur verbreitete Ansicht dürfte jedoch zu Bedenken Anlaß geben. Es ist nämlich zu erwägen, ob in diesem Fall der zunächst geäußerte Wille der Parteien, gerichtet auf Begründung einer Gattungsschuld, durch die tatsächlichen objektiven Umstände nicht derart beeinflußt wird, daß diese Bestimmung entfällt[51]). Zwar bleibt davon auszugehen, daß grundsätzlich die einzelnen Stücke der Gattung vom Standpunkt der Vertragserfüllung aus gleichwertig und somit vertretbar sind. Kein Stück der Gattung ist daher konkreter Schuldgegenstand, wohl aber jedes einzelne mögliches Erfüllungsobjekt[52]). Ist aber nur ein einziges Stück der unterstellten Gattung vorhanden, dann beschränkt sich notwendigerweise das Interesse des Gläubigers und die Erfüllungsverpflichtung des Schuldners auf dieses allein. Es muß zur Speziesschuld werden, einmal weil dies der Willensrichtung der Parteien entspricht, und zum anderen, weil auch rechtlich keine einzige der Sonderbestimmungen über die Gattungsschuld zur Anwendung kommen kann, dagegen alle die Speziesschuld betreffenden. Die Auffassung der Ein-Objekt-„Gattung" ist um so unbegreiflicher, als in der Literatur vielfach[53]) sogar die sog. beschränkt-generische Schuld,

50) So Kisch § 1 S. 14.
51) Vgl. die Ausführungen S. 5 f.
52) Würdinger, Theorie der schlichten Interessengemeinschaften, S. 36.
53) So Oertmann, Komm. zum Recht der Schuldverhältn. S. 19, § 243 Nr. 1a. Eck, Vorträge Bd. 1 S. 241. Leonhard ebendort bei Eck Anm. 2. Ricken, S. 5. Skolny-Caro zu § 243 Ziff. 5. Dernburg, Bürgerliches Recht, S. 33.

die gegenüber der Ein-Objekt-Gattung ohne Zweifel ein Plus darstellt, als species angesehen wird. Auch steht die Tatsache, daß die Parteien durch die Bezeichnung des Leistungsobjekts eine Gattungsschuld begründen wollten, der Annahme eines Speziesschuldverhältnisses dann nicht entgegen, wenn die Gattung tatsächlich nur aus einem Objekt besteht, und daher keine der Gattungsbestimmungen zur Anwendung kommen kann; hätten die Parteien nämlich entsprechende Kenntnis gehabt, dann hätten sie speziesmäßig bestimmt (Analogie zu § 140 BGB).

Nach dem Prinzip der Vertragsfreiheit steht den Parteien die Bezeichnung des Leistungsobjekts frei. Eine Gattungsschuld werden sie immer dann begründen, wenn sie von der Gleichartigkeit und Gleichwertigkeit der Objekte ausgehen, d. h. wenn es ihnen in erster Linie auf den Komplex bzw. die Zugehörigkeit zu diesem ankommt, und erst in zweiter Linie auf die individuellen Bestandteile desselben. Auch liegt im Begründen der Gattungsschuld eine Bequemlichkeit der Vertragspartner, die allerdings gefördert wird durch den generell verbreiteten Charakter gewisser Sachen. Man kann sogar sagen, daß jedes Ding der Welt mindestens in einer Beziehung gattungsmäßig auftritt und daher auch so geschuldet werden könnte. Die Parteien werden aber diesen Weg nur wählen, wenn nach ihrer Auffassung das Schuldobjekt durch die gattungsmäßige Bestimmung für ihre Interessen genügend bestimmt ist, sei es weil die Objekte der Gattung sich verkehrsüblich gleichstehen, sei es, weil es ihnen nur auf die „Gattung" ankommt, deren einzelne Bestandteile für sie nur insofern Bedeutung haben, als sie die Zugehörigkeit zur Gattung aufweisen. Andererseits kann auch jedes Ding der Welt species sein. Diesen Weg wählen die Parteien, wenn die Individualität einer Sache ins Auge gefaßt wird. Vorsichtige Gläubiger werden danach trachten, wenn möglich jede Sache als species zu bestimmen, weil nur dieser Weg die vollkommene Erfüllung des Schuldverhältnisses nach dem Willen der Parteien, abgesehen von der Mangelhaftigkeit des Leistungsgegenstandes, garantiert. Bei der Gattungsschuld ist diese Garantie deshalb nicht gegeben, weil beim Abschluß des Rechtsgeschäfts nur generell der Charakter des Erfüllungsobjekts bestimmt ist, die einzelnen individuellen Eigenarten aber regelmäßig, im Gegensatz zur species, unbekannt sind. Sie werden erst bekannt, wenn tatsächlich geleistet wird. Für diese Leistung mußte noch eine weitere Bestimmung erfolgen; sie findet sich in § 243 Abs. I BGB.

II. Die grundsätzlichen Gesetzes- und Rechtsbestimmungen.

1. §§ 243, 2155 Abs. I BGB.

§ 243 BGB: „Wer eine nur der Gattung nach bestimmte Sache schuldet, hat eine Sache von mittlerer Art und Güte zu leisten.

Hat der Schuldner das zur Leistung einer solchen Sache seinerseits Erforderliche getan, so beschränkt sich das Schuldverhältnis auf diese Sache."

Wann eine Sache nur der Gattung nach bestimmt ist, ergibt sich aus den Ausführungen S. 39 f. Die Art der Bestimmung reicht zur Begründung des Schuldverhältnisses aus. Wenn nun aber auch der Leistungsgegenstand generell feststeht, so mußte doch eine weitere Bestimmung für die Leistung erfolgen, weil die vorgenommene Festlegung nicht in dem Sinne eindeutig war, daß nur ein einziges Erfüllungsobjekt darunter fallen könnte. Da jedoch die Parteien von der Gleichartigkeit der bestimmten Objekte ausgingen, und es ihnen gleichgültig war, welches spezielle Objekt dieses Komplexes zur Erfüllung herangezogen werden würde, andererseits nur ein Objekt bzw. nur einige ziffernmäßig festgelegte Objekte geschuldet sind, zur Erfüllung geeignet aber jedes zu dem bestimmten Komplex (Gattung) gehörige ist, hat die Spezialisierung in erster Linie nur im Hinblick auf die Mehrzahl, nicht im Hinblick auf die Individualität der Sachen (vgl. Wahl) zu erfolgen. Der Gesetzgeber konnte daher von einer ausdrücklichen Regelung darüber, wer die Leistungsbestimmung vorzunehmen hat, absehen. Er tat es, indem er den einfachsten Weg, nämlich Bestimmung durch den Schuldner unterstellte. Es ist dies der einfachste Weg deshalb, weil der Schuldner der Leistende ist; ihm sind die Schuldobjekte unmittelbar bzw. unmittelbarer als dem Gläubiger zugänglich. Natürlich ist dieser Weg nicht zwingend; die Parteien können die Aussonderung auch dem Gläubiger übertragen.

Durch die Festlegung der Leistung nach mittlerer Art und Güte weicht das BGB von dem Standpunkt des römischen Rechts ab, das zur Erfüllung geeignet auch die schlechteste Qualität innerhalb der Gattung ansah. Wahrscheinlich geschah das deshalb, weil der Gläubiger durch die Art der Schuldfestlegung anzeigte, daß er lediglich die Zugehörigkeit zu diesem Komplex forderte, und diesem Erfordernis auch dann genügt ist, wenn die schlechteste Qualität geleistet wird. Er hatte es in der Hand, eine individuelle Bestimmung zu treffen. Diese damals festgelegte Folge aus der römischen Argumentation ist logisch unanfechtbar. Sie entsprach der geradezu typischen Gewandtheit und Raffiniertheit der entwickelten römischen Rechtsauffassung. Wenn das BGB von diesem Grundsatz in § 243 Abs. I abging, dann wohl mit der Erwägung, daß die gattungsmäßige Bestimmung des Schuldobjekts grundsätzlich nicht nur vom Gläubiger, sondern auch vom Schuldner ausging. Wohl ist richtig, daß es grundsätzlich der Gläubiger ist, der den Schuldner in Anspruch nimmt, also von ihm die Initiative, auch hinsichtlich der Schuldgestaltung, ausgeht. Andererseits bindet das Rechtsgeschäft aber beide Kontrahenten; der Gläubiger kann hier, — um grundsätzlich von den zweiseitigen Rechtsgeschäften auszugehen, die in der Praxis auch die Regel bilden —, keine Bestimmung festlegen, wenn der Schuldner damit nicht einverstanden ist. Nun wird zwar regelmäßig dem Schuldner gleichgültig

sein, ob eine Sache gattungs- oder speziesmäßig bestimmt ist, der Gläubiger also üblicherweise allein die Art der Bestimmung entscheiden. Dennoch bleibt die Zweiseitigkeit der Bindung bestehen. Darüberhinaus entspricht es auch dem Grundsatz von Treu und Glauben, dem deutschen Rechtsempfinden, wenn nicht gerade die schlechteste Qualität geleistet werden darf; durch die Art der Bestimmung hat nämlich der Gläubiger in den Schuldner das Vertrauen gesetzt, daß eben diese Bestimmung ausreicht, seine Interessen zu befriedigen. Keiner soll daher einen Vorteil oder Nachteil haben; dem entspricht die Leistung mittlerer Art und Güte.

§ 243 Abs. II BGB handelt von der sog. Konzentration der Gattungsschuld. Man versteht darunter allgemein die Umwandlung der Gattungsschuld in eine Speziesschuld[54]). Diese Begriffsbestimmung ist aber abzulehnen, weil sie zumindesten inkorrekt ist. Die konzentrierte Gattungsschuld ist nichts weniger als eine species im eigentlichen Sinn, und so wie sie S. 1 ff. dieser Abhandlung betrachtet worden ist. Wäre sie es nämlich, dann müßten auf sie von dem entscheidenden Zeitpunkt ab, der durchaus nicht etwa dem Erlöschen der Obligation gleichsteht, nur die Vorschriften über die species zur Anwendung kommen. Wie wenig das der Fall ist, soll im Folgenden gezeigt werden.

Vorauszuschicken ist, daß Zweck der Bestimmung des § 243 Abs. II BGB die Befreiung des Schuldners von dem sich aus dem Begriff der Gattungsschuld ergebenden weitrahmigen Leistungsrisiko ist[55]). Da jedes Gattungsobjekt einen möglichen Erfüllungsgegenstand darstellt, bleibt der Schuldner zur Erfüllung verpflichtet, solange noch Erfüllungsobjekte der Gattung überhaupt vorhanden sind (§ 279 BGB). Er ist also nicht wie bei der Speziesschuld mit einem Objekt zur Erfüllung verpflichtet, sondern mit unzähligen und insofern[56]) ungünstiger gestellt. Seine Stellung ließe sich aber rechtspolitisch nicht rechtfertigen, wenn er nicht entsprechend der Speziesverbindlichkeit Befreiung erlangen könnte, und zwar von dem Zeitpunkt ab, wo er seinen Pflichten genügt. Mögen die Voraussetzungen der Erfüllung noch so vielfältig gewesen sein, in den Willensbereich des Schuldners war die konkrete Leistungsbestimmung gelegt, und der Gläubiger muß darum, wenn sie erfolgt ist, daran gebunden sein. Die Konzentration begrenzt also den § 279 BGB, ohne dadurch etwa willkürlich die Interessen des Gläubigers zu benachteiligen, sondern weil eine derartige Befreiung des Schuldners der Sachlage entspricht.

Die Konzentration wird dadurch bewirkt, daß der Schuldner das zur Leistung der vertragsmäßigen Sache seinerseits Erforderliche getan hat.

54) So Oertmann Komm. § 243 Anm. 4 und die dort Zitierten.

55) Würdinger, S. 36 f.

56) Andererseits hat der Schuldner den Vorteil, in der Leistung nicht beschränkt zu sein, sondern beliebig aussondern zu können.

Diese Begriffsbestimmung ist eng auszulegen. Erfordert wird lediglich eine Spezialisierung, Ausscheidung innerhalb der gesetzlichen oder vertraglichen Grenzen, ohne aber eine weitere qualitative Wertung dieses äußerlichen Vorgangs zuzulassen. Der Gesetzgeber selbst beschränkt sich in § 243 Abs. II BGB auf die Feststellung, daß die Konzentration eintrete, wenn „der Schuldner das zur Leistung einer s o l c h e n Sache seinerseits Erforderliche getan" hat, d. h. ausschließlich „eine Sache von mittlerer Art und Güte" (Abs. I) geleistet worden ist. Diese Sache also ist v e r t r a g s m ä ß i g. Daß obige Auffassung richtig sein muß, ergibt sich auch insbesondere aus dem Institut der Gewährleistungsansprüche beim Kauf. Jede mangelhafte Sache muß, auch wenn der Vertragszweck nicht unbedingt erreicht ist, eine vertragsmäßige im eigentlichen Sinne sein, weil, wäre sie es nicht, keine Erfüllung des Schuldverhältnisses eingetreten sein könnte, mithin auch die fakultative Anordnung der Wandelung und Minderung usw., die immer von einer wirksamen, wenn auch nicht im endgültigen Umfange bestehen bleibenden Erfüllung ausgehen, unsinnig wäre. Es ist unstreitig, daß bei der Speziesschuld, mag die bestimmt bezeichnete Sache mit Mängeln behaftet sein oder zugesicherter Eigenschaften entbehren, immer eine vertragsmäßige Leistung vorliegt, weil die Erfüllung der Schuld überhaupt nur durch diese Sache möglich ist. Warum bei der Konzentration der Gattungsschuld eine Ausnahme gemacht werden soll[57]), d. h. der Eintritt der Konzentration abgelehnt wird, wenn die Sache mangelhaft ist, bleibt unersichtlich. Diese Feststellung dürfte aus einer irrtümlichen Identifizierung von schlechterer Qualität und Mangelhaftigkeit beruhen. Es ist aber keineswegs so, daß eine mangelhafte Sache unbedingt von dem gesetzlichen Begriff der mittleren Art und Güte oder einem anderen, entsprechenden vertraglichen Begriff abweicht. Man stelle sich z. B. vor, daß ein Rheinwein mittlerer Qualität zu leisten ist, und dieser Qualität der in dem Keller des Verkäufers (vertragsmäßige Gattung) befindliche Jahrgang 1935 entspricht. Dieser Wein des ganzen Jahrgangs ist aber sauer; dennoch ist ebenso wie bei der Speziesschuld dieser mangelhafte, vorrätige Jahrgang geschuldet, er allein ist vertragsmäßig. Der Gläubiger kann den Ausgleich nur mittels des Gewährleistungsanspruchs auf Wandelung, Minderung, Schadensersatz, bzw. Nachlieferung nach § 480 BGB finden, letztere allerdings nur, sofern es sich um eine unbegrenzte Gattungsschuld handelt, die die Nachlieferung mangelfreier Stücke ermöglicht. Ist aber die Konzentration eingetreten, dann zeigt gerade § 480 BGB, wie unhaltbar die in der Literatur verbreitete Auffassung von der konzentrierten Gattungsschuld ist. Wäre die konzentrierte Gattungsschuld eine Speziesschuld, dann könnte § 480 BGB, der unbestritten nur eine Regelung für den Gattungskauf darstellt, was ja

57) Kreß, Schuldrecht I § 12 S. 213.

auch ohne weiteres aus dem Gesetz hervorgeht, überhaupt nicht bestehen, weil die Anwendung einer Gattungsvorschrift auf eine Speziesschuld unsinnig wäre. Ein weiteres Argument für die hier vertretene Auffassung läßt sich aus § 279 BGB herleiten. Würde die Gattungszu einer Speziesschuld geworden sein, dann wäre diese allein vom Zeitpunkt der Konzentration ab möglich bzw. unmöglich, und durch keine andere Leistung ersetzbar. Hat aber der Gesetzgeber in § 279 BGB bestimmt, daß der Schuldner sein Unvermögen zu vertreten hat, solange die Leistung aus der Gattung möglich ist, so bedeutet das im Hinblick auf eine „Speziesschuld", die ohne Zweifel bei der Anwendbarkeit des § 279 BGB gegeben sein könnte[58]), deshalb ein Unding, weil auf diese Weise nicht die „Speziesschuld", sondern die Gattung, aus der sie stammt, mit zu vertreten und daher mit geschuldet wäre. — Um also Unklarheiten auszuschließen und den Anschein zu vermeiden, es handle sich bei § 245 Abs. II BGB um eine Speziesverbindlichkeit in dem grundsätzlichen Sinn einer individuell geschuldeten Sache (und welchen Sinn sollte die Bezeichnung sonst haben!), ist es abzulehnen, Konzentration als Umwandlung einer Gattungsschuld in eine Speziesschuld zu definieren. Vielmehr ist Konzentration die Beschränkung der Gattungsschuld auf die aus der Gattung vertragsgemäß ausgesonderten Objekte, mit dem Zweck der Befreiung des Schuldners von dem weitgehenden Risiko des § 279 BGB, und mit der regelmäßigen Folge, daß die Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung auf den Gläubiger übergeht, und der Schuldner grundsätzlich die ausgesonderten Sachen leisten muß und durch keine anderen ersetzen darf[59]).

Ist aber durch die Konzentration keine Umwandlung der Gattungsschuld in eine Speziesschuld erfolgt, sondern bedeutet sie lediglich eine der Pflichtenerfüllung entsprechende Entlastung des Schuldners, so ist selbstverständlich, daß diese Entlastung noch weiter zu führen ist, wenn in der Person des Gläubigers Umstände eintreten, die dieser, schuldhaft oder ohne Verschulden, zu vertreten hat. Zu denken ist an den Verzug des Gläubigers. Nimmt der Gläubiger die konzentrierte Gattungsleistung nicht an, dann muß es dem Schuldner freigestellt bleiben, die ausgeschiedene Menge anderweitig zu verwerten und dem Gläubiger später eine andere, gleichwertige und gleichartige zu leisten. Da die Konzentration lediglich im Interesse des Schuldners lag, muß er auf sie verzichten können. Nur wenn der Gläubiger sich auf vertragliche Konzentration beruft und darauf, daß er an den ausgesonderten

58) z. B. beim Vorliegen einer Geldschuld, wo die Konzentration eintritt mit dem Absenden, der Gefahrübergang, entsprechend §§ 270, 300 Abs. II BGB aber erst mit dem Annahmeverzug. Ebenso bei vorsätzlich oder grob fahrlässig verschuldetem Unvermögen nach Eintritt der Konzentration, §§ 300, 279 BGB.

59) Abweichungen sind hier möglich; vgl. RG 91/110.

Stücken allein Erfüllungsinteresse habe, macht er Novation des Schuldverhältnisses geltend, und der Schuldner kann einseitig dann die Konzentration nicht beseitigen[60]).

Es bleibt, den Zeitpunkt der Konzentration zu betrachten. Im gemeinen Recht war streitig, ob die Konzentration mit der Ausscheidung der Sache, mit der Benachrichtigung des Gläubigers von der getroffenen Wahl oder erst mit der Lieferung eintrat. Nach dem BGB tritt die Beschränkung ein, wenn der Schuldner das zur Lieferung der vertragsmäßigen Sache seinerseits Erforderliche getan hat (vgl. Iherings Lieferungstheorie). Regelmäßig tritt die Beschränkung ein, wenn der Schuldner eine vertragsgemäße Sache ausgewählt und dem Gläubiger ordnungsgemäß angeboten hat, beim Versendungskauf schon dann, wenn der Schuldner die ausgewählte Sache dem Frachtführer oder Spediteur übergeben hat (§ 447 BGB)[61]). Wenn das BGB mit der Festlegung dieses Zeitpunktes für die Konzentration den spätestmöglichen gewählt hat, so ist das logisch gerechtfertigt. Wie schon oben hervorgehoben, hat die Konzentration die Wirkung, daß einmal die Gefahr auf den Gläubiger übergeht und zum anderen, daß das jus variandi ausgeschlossen wird. Die Wirkungen sind in Analogie zur Speziesschuld gegeben, — wobei allerdings nicht zu übersehen ist, daß der Ausschluß des jus variandi schon mit dem Begriff der species identisch ist —, und zwar für die Gattungsschuld von dem Zeitpunkt ab, wo diese durch die vertragsgemäße Beschränkung der Objekte der Speziesverbindlichkeit ähnlich wird. Die analoge Gleichstellung in dieser Richtung ist dadurch gerechtfertigt, daß der Schuldner in beiden Fällen, unabhängig von den bei der Gattungsschuld vorangehenden Möglichkeiten, die Voraussetzung zur Erfüllung schafft. Erfüllung ist Annahme des Angebots des Vertragsgegenstandes, d. h. der Schuldner hat anzubieten, der Gläubiger anzunehmen. Daß bei der species die Möglichkeit des Anbietens grundsätzlich ab origine gegeben ist —, und zwar für die Gattungsschuld von dem Zeitpunkt der Konzentration ab, muß für die Tatsache des Angebots gleichgültig sein. Entscheidend ist hier einzig und allein das Angebot als letzte und umfassende Verpflichtung des Schuldners aus dem Schuldverhältnis, das die Erfüllung unmittelbar herbeiführt. Es liegt im Wesen der letzten Verpflichtung, daß erst mit ihr die Rechte und Pflichten der Beteiligten enden. Darum ist nicht einzusehen, warum gerade bei der Gattungsschuld ein früherer Zeitpunkt entscheidend sein sollte, nur etwa weil der letzten Verpflichtung eine andere, nämlich die Ausscheidung,

60) Würdinger, S. 37.

61) Dem § 447 BGB liegt folgender Gedanke zugrunde: grundsätzlich ist jedes Schuldverhältnis Holschuld (§ 269 BGB). Wenn nun der Schuldner dem Gläubiger die Abholung erspart und ihm die Ware zuschickt, dann soll er nicht länger die Gefahr tragen, als wenn der Leistungsgegenstand am Leistungsort vom Gläubiger selbst in Empfang genommen worden wäre. — So Würdinger, S. 39.

unmittelbar vorangeht. Übergang der Gefahrtragung und Ausschluß des jus variandi haben überhaupt erst einen Sinn, wenn der Gläubiger die Möglichkeit hat, auf den Vertragsgegenstand einzuwirken. Diese Möglichkeit besteht aber erst im Zeitpunkt der Erfüllungshandlung durch den Schuldner, des vertragsgemäßen Angebots, gleichgültig um welchen Schuldtyp es sich handelt. Anwendung der Lieferungstheorie für die Gattungsschuld entspricht daher nur begrifflich der Regelung für die Speziesschuld.

Bei der Speziesschuld kann eine Konzentration nicht stattfinden. Ein Objekt oder eine Mehrzahl von Objekten, die von vornherein individuell und eindeutig feststeht, kann nicht mehr beschränkt oder ersetzt werden[62]). Allerdings kann es auch bei einer individuellen Schuld notwendig werden, den Leistungsgegenstand aus einem größeren Komplex auszusondern, z. B. der individuelle, noch am Baum hängende Apfel X muß abgeschnitten werden. Diese Aus-, oder besser: Absonderung ist aber keine Konzentration im Sinne des § 243 BGB, weil sie nicht die Schuld von einer Unzahl möglicher Objekte auf ein bestimmtes beschränkt, sondern lediglich das von vornherein bestimmte Objekt isoliert, wobei diese Isolierung ebenso wie die Konzentration Voraussetzung der Erfüllung, nicht Erfüllungshandlung ist, mit dem Unterschied aber, daß Konzentration den doppelten Inhalt der Bestimmung und Isolierung hat. Auch in den Fällen der Speziesschuld, wo sich das Leistungsobjekt erst durch spätere Umstände in seinen einzelnen Eigenschaften bestimmt (der erste reife Apfel des Baumes X), handelt es sich um keine Konzentration. Denn auch da steht das Leistungsobjekt von vornherein fest, insofern als es durch e i n e Eigenschaft so eindeutig bestimmt ist, daß es kein anderes ersetzen kann. Die Trennung ist also auch hier nicht Beschränkung, sondern Fixierung der allein geschuldeten Sache, einfache Voraussetzung der Erfüllung. Mit der Möglichkeit der Konzentration für die Speziesschuld entfallen auch ihre Wirkungen. Was die Gefahrtragung anlangt, so kann zwar auch bei der Speziesschuld der Verpflichtete die Gefahr in dem Sinne tragen, daß er infolge negativer Vertragsverletzung den Anspruch auf die Gegenleistung verliert; er kann aber grundsätzlich nie die Gefahr in dem Sinne tragen, daß er verpflichtet (oder auch berechtigt) wäre, anstelle der untergegangenen Sache eine andere gleichwertige zu leisten[63]). Da bei der Speziesschuld der Schuldgegenstand individuell festgelegt ist, kann nur mit ihm allein geleistet werden. Konzentration und ihre Wirkungen haben hier kein Raum.

In engem Zusammenhang mit § 243 BGB steht § 2155 Abs. I BGB.

---

62) Wegen des Surrogats des § 281 BGB vgl. S. 23 ff.
63) Vgl. aber S. 5 f.

§ 2155 Abs. I BGB: „Hat der Erblasser die vermachte Sache nur der Gattung nach bestimmt, so ist eine den Verhältnissen des Bedachten entsprechende Sache zu leisten."

Der Zusammenhang mit § 243 BGB besteht allerdings nur in der einen, wenn auch grundlegenden Beziehung, daß in beiden Fällen nach Abschluß des Schuldverhältnisses eine Beschränkung der möglichen Erfüllungsobjekte auf die vertragsmäßig bzw. im Erbwege festgelegte Zahl zu erfolgen hat. Die Beschränkung erfolgt durch die regelmäßig vom Schuldner vorzunehmende Aussonderung. Warum sie erforderlich ist und als typische Begleiterscheinung der Gattungsschuld zum Inhalt der Verpflichtung gehört, wurde schon bei § 243 BGB ausgeführt. Dieselben Grundsätze müssen auch hier gelten, denn auch hier handelt es sich um eine Gattungsverbindlichkeit. § 243 BGB ist die generelle Grundlage für alle diesbezüglichen Rechtsverhältnisse, § 2155 Abs. I BGB bestimmt lediglich für das Geschäft von Todes wegen einen abweichenden Aussonderungsmodus. Die Berechtigung dieser Abweichung ergibt sich aus dem Charakter des vorliegenden Rechtsgeschäfts. Wenn man von der Grundlage der §§ 243, 2155 BGB ausgeht, so muß man feststellen, daß ihr Unterschied zunächst wohl einmal darauf beruht, daß bei § 243 BGB regelmäßig eine zweifache Bindung vorliegt, d. h. daß zwei Kontrahenten Bestimmungen treffen, und es deshalb einer gerechten Interessenabwägung entspricht, wenn beide Teile gleich behandelt werden. Die Gleichstellung wird bewirkt durch die Leistung nach mittlerer Art und Güte. § 2155 BGB dagegen betrifft den Fall des einseitigen Rechtsgeschäfts, der einseitigen Bestimmung einer Rechtslage; eine Berücksichtigung der Interessen des durch die einseitige Bestimmung Betroffenen erschien nicht erforderlich, und zwar umsoweniger als es sich hier nicht um das übliche Schuldner-Gläubiger-Verhältnis, sondern nur um eine persönliche Beziehung der Beteiligten handelt. Darüberhinaus glaubte aber wohl der Gesetzgeber dem einseitig entscheidenden Willen des Erblassers zu entsprechen, wenn er die Verhältnisse des Bedachten als Aussonderungsnorm wählte. Er dürfte davon ausgegangen sein, daß der Erblasser, wenn er zu Lebzeiten etwa der Schauspielerin Prima-Bella und seinem Dienstmädchen Emma je einen Ring geschenkt hätte, der Schauspielerin einen höherwertigeren zugewendet haben würde; ebenso daß er einen Qualitätsunterschied gemacht hätte bei einem Geschenk von je 10 Flaschen Wein aus seinem Keller an seinen Neffen und seinen Kammerdiener, — und folgerte wohl daraus, dem Willen des Erblassers zu entsprechen, wenn er auch nach dessen Tode diese Willensrichtung fortführe.

Man könnte aber möglicherweise einwenden, daß die gesetzliche Argumentation nur insofern folgerichtig sei, als sie den Normalfall des täglichen Lebens im Auge habe. Andererseits aber unterstelle sie dem Erblasser immer einen Willen, der in dieser Form garnicht vorhanden

gewesen zu sein braucht. Es sei keineswegs einzusehen, warum auch nach dem Willen des Erblassers Prima-Bella und Emma nicht gleichwertige Ringe tragen, und warum Neffe und Kammerdiener nicht den gleichen Wein trinken sollten. Der Erblasser, — so könnte man sagen — —, habe ja die Möglichkeit gehabt, eine genauere Bestimmung zu treffen, ohne dadurch den gattungsmäßigen Charakter auszuschließen, etwa: ein Ring im Werte von 100 RM oder 10 Flaschen Wein aus den Jahrgängen 1930 bis 1932. Gerade durch die unbeschränkte Gattungsbezeichnung habe der Erblasser zum Ausdruck gebracht, daß ihm das individuelle Erfüllungsobjekt weitgehendst gleichgültig sei. Man dürfe daher aber auch diese Gleichgültigkeit nicht dadurch beschränken, daß man dem Erblasser einen zwar möglichen, aber nicht notwendig vorhandenen Willen unterstelle, insbesondere da diese Unterstellung nicht zu einem billigen, sondern unsozialen Ergebnis führe. — Dieser Einwand kann aber wohl lediglich mit dem Hinweis auf das persönliche Verhältnis, das der Obligation zugrunde liegt, zurückgewiesen werden. Da für die Zuwendung des Erblassers allein und ausnahmslos entscheidend seine persönliche Einstellung zu dem Bedachten war, muß diese auch Grundlage der Aussonderung bleiben.

2. Negative Vertragsverletzung: Anfängliche objektive und subjektive Unmöglichkeit.

Auch bei der Gattungsschuld ist sowohl eine anfängliche objektive wie subjektive Unmöglichkeit denkbar. Es handelt sich nämlich bei dieser Vertragsverletzung garnicht darum, wie der Gegenstand der Obligation geschuldet ist, sondern darum, daß er geschuldet ist und entweder überhaupt nicht oder nur vom Vertragspartner nicht erbracht werden kann. Da auch die Gattungsschuld eine unbedingte Schuld ist, muß auch hier die Frage der Unmöglichkeit praktisch werden können. Der Unterschied gegenüber der Speziesschuld liegt allein auf dem Gebiet der Anwendbarkeit, insofern als sie bei der Speziesschuld in einem früheren Zeitpunkt einzutreten pflegt, was sich daraus ergibt, daß bei ihr nur ein oder einige bestimmte Erfüllungsobjekte vorhanden sind, während bei der Gattungsschuld regelmäßig eine Unzahl zur Verfügung steht. Dieser abweichende Zeitpunkt der Anwendbarkeit aber brauchte für die Gattungsschuld außerhalb des § 306 BGB einfach deshalb nicht besonders gesetzlich fixiert zu werden, weil er sich ohne weiteres aus dem Begriff des Schuldtyps ergibt, und deshalb keine logische Abweichung von der Regelung für die Speziesschuld darstellt. Ebenso wie es selbstverständlich ist, daß bei der Speziesschuld die Nichtigkeit gemäß § 306 BGB dann vorliegt, wenn der individuell geschuldete Leistungsgegenstand von vornherein von niemanden erbracht werden kann, folgt für die Gattungsschuld, daß hier derselbe Fall dann

vorliegt, wenn soviele Objekte der zur Leistung bestimmten Gattung anfänglich objektiv unmöglich sind, daß die restlichen möglichen zur Erfüllung nicht ausreichen (Teilnichtigkeit) bzw. die ganze Gattung von vornherein nicht existiert (Totalnichtigkeit). Auch ist klar, daß der Vertrag über die Gattungsschuld gemäß § 306 BGB dann nicht nichtig ist, wenn nur einzelne Objekte der Gattung nicht bestehen, aber noch genügend andere vorhanden sind, den Vertrag zu erfüllen. Leistungsgegenstand war nämlich nicht die Gattung als solche, — daher keine Teilnichtigkeit —, auch kein bestimmter Gattungsgegenstand, — daher keine Nichtigkeit —, sondern irgendein Objekt des bezeichneten Komplexes.

Die Vertretbarkeit des anfänglichen subjektiven Unvermögens, die für die Speziesschuld als argumentum e contrario von § 306 BGB und einer Garantiepflicht hergeleitet werden mußte, ergibt sich für die Gattungsschuld schon aus § 279 BGB. und zwar a majore ad minus. Im übrigen kann natürlich auch hier der Gedanke der Garantienflicht ergänzend herangezogen werden.

Nachträgliches zu vertretendes Unmöglichwerden.

§ 279 BGB: „Ist der geschuldete Gegenstand nur der Gattung nach bestimmt, so hat der Schuldner, solange die Leistung aus der Gattung möglich ist, sein Unvermögen zur Leistung auch dann zu vertreten, wenn ihm ein Verschulden nicht zur Last fällt."

Hierbei erfahren zwei Möglichkeiten eine Regelung: daß die Leistung aus der Gattung noch möglich ist, und den Schuldner bei seinem Unvermögen einmal kein Verschulden, andermal ein Verschulden trifft (a majore ad minus). Der letztere Fall entspricht dem des § 280 BGB für die Speziesschuld, und es ist selbstverständlich, daß hier wie dort die gleiche Regelung erfolgen muß, da ein Verschulden immer zu vertreten ist, gleichgültig um welchen Schuldtyp es sich handelt.

Zu prüfen bleibt die Bestimmung der Vertretbarkeit bei unverschuldetem subjektiven Unmöglichwerden. Es mag zunächst den Anschein erwecken, als handele es sich bei § 279 BGB um eine Abweichung gegenüber den Bestimmungen für die Speziesschuld insofern, als eine über die Schuldung hinausgehende Haftung vorgesehen sei. Das entspricht aber nicht den Tatsachen. Bei der Speziesverbindlichkeit schuldet der Schuldner ein bestimmtes, individuelles Objekt. Geht dieses vor der Leistung unter, dann liegt Leistungsunmöglichkeit vor. Anders bei der Gattungsschuld. Hält man daran fest, daß Gegenstand einer solchen Obligation irgendein zu der Gattung gehöriger Gegenstand ist, dann kann ja die Vertragsleistung begrifflich nicht eher unmöglich sein, als noch irgendein Objekt der angegebenen Gattung vorhanden ist. Völlig gleichgültig ist dabei, daß andere Gattungsbestandteile untergegangen sind, und aus welchen Anlaß, ob mit oder ohne Verschulden des Schuldners, das geschah. Er schuldete ja nicht

die Gattung oder all deren Bestandteile, sondern nur irgendwelche davon. Andererseits hatte er durch diese Art der Verpflichtung den Vorteil, keine bestimmte Sache leisten zu müssen, sondern innerhalb der schuldrechtlich festgelegten beliebig auswählen zu können. Der Schuldner muß daher auch innerhalb dieser weiten, aber labilen Grenzen verpflichtet bleiben; er kann begrifflich nicht eher befreit werden, als er die noch mögliche Leistung erbringt. § 279 BGB legt also durchaus keine erweiterte Haftung im Rahmen der Gattungsschuld fest, etwa auch für Unverschulden, sondern zieht lediglich die logische Konsequenz aus der Struktur dieser Schuldform, die dahin geht festzustellen, daß der Zeitpunkt für die Unmöglichkeit der Leistung begrifflich gegenüber der Speziesschuld herausgeschoben ist.

Die gesetzliche Festlegung in § 279 BGB war aber ebenso entbehrlich, wie sie folgerichtig ist. Denn es ist nicht üblich, daß für die Gattungsschuld besondere Fixierungen geschaffen werden, wenn sie lediglich Parallelerscheinungen zur Speziesschuld darstellen, und nur durch den anders gearteten Begriff dieses Schuldtyps in der Anwendung modifiziert sind. § 279 BGB betrifft nun den Fall des Unmöglichwerdens v o r der Leistung durch den Schuldner, und im Hinblick auf die Gattungsschuld: v o r der Konzentration, da andernfalls die Gefahr nach § 243 Abs. II BGB übergegangen wäre[64]). Eine Befreiung des Schuldners war also garnicht möglich, weil begrifflich keine Unmöglichkeit gegeben ist. Es besteht zwar wie bei der Speziesschuld die Möglichkeit, daß das mögliche, — aber nicht allein mögliche! —, sondern nur ins Auge gefaßte Leistungsobjekt vor der Leistung und nach dem Vertragsschluß ohne Verschulden des Schuldners untergeht, jedoch wird dadurch, in Abweichung von der Speziesverbindlichkeit, die Leistung nicht unmöglich. Vielmehr sind regelmäßig noch eine Unzahl von Leistungsobjekten vorhanden, die alle geeignet sind, den Vertrag zu erfüllen und den Gläubiger zu befriedigen. Daraus folgt, daß von einer Befreiung des Schuldners, solange noch irgendein Objekt der Gattung vorhanden ist, nicht die Rede sein kann, selbstverständlich auch dann nicht, wenn das zur Erfüllung bereitgehaltene Objekt vor der Leistung bzw. Konzentration untergeht. Gemäß § 243 BGB wird erst im Zeitpunkt der Lieferung konzentriert; darum interessiert alles, was davor liegt[65]), den Gläubiger solange nicht, als Leistung noch objektiv möglich ist. Da also keine objektive Unmöglichkeit vorliegt, die subjektive aber durch den B e g r i f f der Gattungsschuld schlechthin ausgeschaltet wird[66]), war die Regelung des § 279 BGB überhaupt entbehrlich.

---

64) Wegen der Ausnahmen, insbesondere bei der Geldschuld vgl. Anm. 58) Seite 45.

65) Wegen der Ausnahmen vgl. Anm. 58) S. 45.

66) Vgl. hierzu die Rechtsprechung des RG in 75/337, aber auch 57/118, 97/10.

Nachträgliches nicht zu vertretendes Unmöglichwerden.

§ 275 BGB behandelt den Fall des nachträglichen, unverschuldeten Unmöglichwerdens bzw. Unvermögens. In beiden Fällen wird der Schuldner, unabhängig von der gewählten Schuldform, befreit. Bei der Speziesschuld ist der Vertrag durch den Untergang des allein möglichen Leistungsobjekts unerfüllbar geworden, ohne daß es eine Leistungsersatzmöglichkeit, entsprechend dem Speziesbegriff, gäbe. Ein Surrogat in Geld, als Schadensersatz, scheidet aber aus, weil es an dem Erfordernis des Verschuldens fehlt. Das gleiche gilt bei der Gattungsschuld; objektiv und subjektiv ist dieselbe Rechtslage gegeben, sofern die gesamte Gattung unverschuldet, für jedermann oder den Schuldner[67]), unmöglich geworden ist. Der Unterschied gegenüber dem anfänglichen Unvermögen sowohl bei Spezies- wie bei Gattungsschuld, das in beiden Fällen eine Schadensersatzpflicht begründet, erklärt sich daraus, daß wohl bei anfänglichem Unvermögen der Schuldner die Sachlage, weil sie eine gegenwärtige ist, übersehen kann und deshalb übersehen muß; dagegen kann ihm aus den später eintretenden, veränderten, aber nicht von ihm verschuldeten Umständen, die die Leistung objektiv unmöglich oder subjektiv unerbringbar machen, eine Verpflichtung nicht auferlegt werden. Der Begriff der unverschuldeten Zukunft ist vom schuldnerischen Standpunkt aus gesehen mit dem des Zufalls identisch. Eine Haftung scheidet daher aus dem Grundgedanken des § 276 BGB aus.

Verzug des Schuldners.

Der Schuldnervertrag, als zweite Alternative der negativen Vertragsverletzung, brauchte für die Gattungsschuld ebenfalls keine besondere Regelung erfahren, weil auch, wie schon bei Unmöglichkeit der Leistung, entscheidend allein die Tatsache ist, daß geleistet, besser: nicht geleistet wird, und unerheblich, in welcher Schuldform dies geschieht. Daher gilt auch hier, was in diesem Zusammenhang schon bei der Speziesschuld gesagt worden ist.

Verzug des Gläubigers.

§ 300 Abs. II BGB: „Wird eine nur der Gattung nach bestimmte Sache geschuldet, so geht die Gefahr mit dem Zeitpunkt auf den Gläubiger über, in welchem er dadurch in Verzug kommt, daß er die angebotene Sache nicht annimmt."

Gegenüber Abs. I, der die allgemeinen Wirkungen des Gläubigerverzugs behandelt, stellt Abs. II für die Gattungsobligation den Zeitpunkt fest, in dem diese Wirkungen eintreten. Der festgestellte Zeit-

67) Vgl. Anm. 66) S. 51.

punkt ist der Verzug des Gläubigers und mit dem des § 293 BGB identisch.

§ 300 Abs. II BGB steht in logischem Zusammenhang mit § 243 Abs. II BGB, mit der Maßgabe, daß § 243 Abs. II allgemein den Zeitpunkt der Konzentration festlegt, § 300 Abs. II BGB die Wirkungen dieser Konzentration im Falle des Verzugs der Annahme durch den Gläubiger. Da der Gefahrübergang regelmäßig von der Konzentration abhängt[68]), diese nach § 243 Abs. II BGB zwar schon vor dem Annahmeverzug eintreten kann, in der Regel aber mit dem Annahmeverzug zusammenfällt[69]), so bestätigt § 300 Abs. II BGB nur diese Regel. Von selbständiger Bedeutung ist diese Bestimmung nur für solche Fälle, in den damit, daß der Schuldner das seinerseits Erforderliche getan hat (§ 243 Abs. II BGB), die Konzentration also eingetreten ist, ausnahmsweise noch kein Gefahrübergang stattgefunden hat (so bei der Geldschuld noch nicht mit der Absendung, § 270 BGB); der Gefahrübergang tritt dann nach § 300 Abs. II BGB mit dem Annahmeverzug ein. Allerdings wäre auch für diese Fälle § 300 Abs. II BGB entbehrlich gewesen, weil die darin enthaltene Regelung schon aus der gesetzlichen Ausnahme, etwa § 270 BGB, hergeleitet werden könnte.

Im übrigen wird durch § 300 Abs. II BGB entsprechend § 293 BGB der Schuldner so gestellt, als wenn er geleistet hätte. Geleistet hätte er dann, wenn der Gläubiger die von ihm angebotene, und deshalb schon konzentrierte Leistung angenommen hätte. Tut er das nun nicht, so hieße es die Pflichten des Schuldners auf das Verschulden des Gläubigers hin vergrößern, wollte man ihn zwingen, anstelle der angebotenen und später zufällig untergegangenen Sache noch eine andere anzubieten und zu erbringen. Dadurch daß der Gläubiger nicht in der Lage ist, die Sache in seine Herrschaftsgewalt zu übernehmen, soll dem Leistungsschuldner nicht länger das Risiko des Untergangs der Sache aufgebürdet werden[70]). Die Regelung des § 300 Abs. II BGB entspricht darum in dieser Hinsicht genau der des § 293 BGB: auch bei der Speziesobligation kommt der Gläubiger in Verzug, wenn er die ihm angebotene Leistung nicht annimmt. § 300 Abs. II BGB sagt also überflüssigerweise genau das Gleiche wie § 293 BGB, soweit es sich um den Eintritt des Verzugs handelt: überflüssigerweise deshalb, weil es nicht üblich ist und sich auch erübrigt, Spezialbestimmungen für die Gattungsschuld zu treffen, sofern sie denselben Inhalt haben wie die Vorschriften bezüglich der species. Wäre letztere Bestimmung nicht geschaffen worden, so wäre es ebenfalls unzweifelhaft gewesen,

68) bei einseitigen Schulden; für gegenseitige gilt § 324 Abs. II BGB; vgl. Prot. I 286 ff.

69) So bei der Bring- und Holschuld; bei der Schickschuld dagegen tritt die Konzentration schon mit der Absendung ein, der Annahmeverzug aber erst nach Ankunft der Sachen und Angebot am Wohnsitz des Gläubigers.

70) So Würdinger S. 40.

daß der Schuldner der Gattungssache durch das Angebot der später untergegangenen Sache befreit wird; er war zwar auf irgendein Gattungsobjekt verpflichtet, und irgendein Gattungsobjekt könnte auch regelmäßig noch nach dem zufälligen Untergang der angebotenen Leistung von ihm erbracht werden, die Vertragserfüllung objektiv also trotz des Gläubigerverzugs und trotz des zufälligen Untergangs einer, nämlich der gerade angebotenen Leistung noch möglich sein. Berücksichtigt man aber, daß § 243 Abs. II BGB die Beschränkung der Vertragspflicht auf die konzentrierte (und regelmäßig angebotene) Leistung bestimmt hat, dann bedurfte es einer weiteren Bestimmung gleichen Inhalts für den Gläubigerverzug nicht. — Im übrigen läßt sich aus der Fixierung des § 300 Abs. II BGB nur noch ein Beweis dafür herleiten, daß der Gesetzgeber gerade keine Speziesschuld in der konzentrierten Gattungsschuld gesehen hat, weil er andernfalls § 293 BGB schlechthin als Grundlage für den Gläubigerverzug gewählt hätte.

3. Positive Vertragsverletzung.
S. S. 36 f.

4. Schlechterfüllung, §§ 480, 524 Abs. II S. 1 BGB.

§ 480 Abs. I S. 1 BGB: „Der Käufer einer nur der Gattung nach bestimmten Sache kann statt der Wandelung oder Minderung verlangen, daß ihm anstelle der mangelhaften Sache eine mangelfreie geliefert wird."

Die Nachlieferung des § 480 Abs. I S. 1 BGB als weiteres Recht gegenüber den Rechten im Rahmen der Speziesschuld erklärt sich aus der Tatsache, daß der nicht befriedigte Vertragsteil volle Befriedigung erlangen kann und darf, d. h. daraus, daß es dem Verkäufer grundsätzlich möglich ist, den Vertrag vollkommen zu erfüllen, und eine Verpflichtung auch in dieser Richtung besteht, weil er für die Vertragsgemäßheit und Fehlerlosigkeit des Schuldgegenstandes in dem vom Gesetz vorgesehenen Umfang einzustehen hat.

Die Möglichkeit der vorgesehenen Befriedigung erklärt sich aus folgendem: Käufer und Verkäufer haben einen Vertrag über irgend ein Objekt einer Gattung abgeschlossen. Als notwendige Voraussetzung der Erfüllung hat sich der Leistungsgegenstand konzentriert, ohne daß sich dadurch der gattungsmäßige Charakter des Schuldverhältnisses verloren hätte, oder die konzentrierte Leistung sich schon als Erfüllung schlechthin darstellte. Daraus folgt, daß auch bei Hingabe dieser Sache keine Erfüllung vorliegt, wenn der Gegenstand Mängel aufweist, und daß deshalb der Käufer, unter Rückgabe der mangelhaften Sache, noch einmal seinen Erfüllungsanspruch geltend machen kann. Die Möglichkeit der nochmaligen Geltendmachung dieses Anspruchs ergibt sich aus dem Wesen der Gattungsschuld, nach dem von der Begründung des Schuldverhältnisses an bis zum Erlöschen durch die entgültige Er-

füllung, - trotz vorangegangener Konzentration, die hier[71]) nur Bedeutung als notwendiger Einleitungsakt der Erfüllung hat und mit ihr, wenn sie keine ist, fortfällt —, lediglich irgendein Objekt der Gattung geschuldet ist, und der Gläubiger solange seinen Anspruch hat, bis er mit irgendeinem Objekt vertragsgemäß b e f r i e d i g t ist. Die Tatsache, daß zufällig die Gattung so beschränkt ist, daß im Einzelfall keine Nachlieferung erfolgen kann, ist nur als Ausnahme zu werten und spielt für die Betrachtung des § 480 Abs. I S. 1 BGB keine Rolle.

Es ist offensichtlich, daß § 480 Abs. I S. 1 BGB im Rahmen der Speziesschuld keine Anwendung finden kann, weil es sich dort um eine schon von vornherein individuell bestimmte Leistung handelt, die durch keine andere ersetzbar ist. Um dort die Rechte des Gläubigers zu wahren, waren Wandelung und Minderung notwendig und allein möglich. Eine mangelhafte Sache könnte im Rahmen der Speziesschuld nur Gegenstand einer neuen Verpflichtung sein.

Eng verwandt mit der Vorschrift des § 480 Abs. I S. 1 BGB ist die des § 524 Abs. II S. 1 BGB. Auch hier handelt es sich um das Recht der Nachlieferung einer fehlerfreien Sache aus den schon bei § 480 BGB erörterten Gesichtspunkten.

§ 524 Abs. II S. 1 BGB: „Hatte der Schenker die Leistung einer nur der Gattung nach bestimmten Sache versprochen, die er erst erwerben sollte, so kann der Beschenkte, wenn die geleistete Sache fehlerhaft und der Mangel dem Schenker bei dem Erwerbe der Sache bekannt gewesen oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist, verlangen, daß ihm anstelle der fehlerhaften Sache eine fehlerfreie geliefert wird."

Wenn vorstehende Bestimmung überhaupt keine Wandelung oder Minderung vorsieht, so hängt das damit zusammen, daß Wandelung und Minderung typische Begleiterscheinungen des gegenseitigen entgeltlichen Vertrages sind. Beide Rechtsbehelfe gehen von einer Gegenleistung aus, die entsprechend der mangelhaften Leistung des einen Vertragsteils eine Veränderung zugunsten des anderen erfahren muß. Wandelung und Minderung sind deshalb im Rahmen des einseitig verpflichtenden Schenkungsversprechens undenkbar. Andererseits ist die Nachlieferung der mangelfreien Sache begründet aus der Verpflichtung, die auch beim Schenkungsvertrag als solche besteht und durch die Schlechterfüllung noch nicht erfüllt ist.

---

71) Zu unterscheiden ist die Bedeutung der Konzentration im Fall der Schlechterfüllung und im Fall der späteren Nichterfüllung. Da der Schuldner zwar für die vertragsgemäße, fehlerlose Beschaffenheit der Leistung einzustehen hat, nicht aber für den Bestand der Leistung, kann die Konzentration im ersten Fall l e d i g l i c h den Einleitungsakt der Erfüllung darstellen, während sie im letzteren a u ß e r d e m grundsätzlich die vertraglichen Pflichten des Schuldners beendet, mithin auch eine objektive Schranke seiner Pflichten bildet.

D. Wahlschuld.

I. Begriff.

Die Wahlschuld ist der einzige Schuldtyp, der im Gesetz eine begriffliche Umschreibung erfahren hat. § 262 BGB geht in seiner Regelung davon aus, daß mehrere Leistungen in der Weise geschuldet werden, daß nur die eine oder die andere zu bewirken ist. Durch die Mehrzahl und relative Unbestimmtheit der möglichen Erfüllungsobjekte einerseits und die individuelle Hervorhebung des Leistungsobjekts andererseits scheint eine gewisse Ähnlichkeit sowohl zur Gattungs- wie zur Speziesschuld gegeben, so daß eine begriffliche Abgrenzung zwischen diesen drei Schuldformen notwendig ist.

Ausgehend von der Willensrichtung des Gesetzgebers ist festzustellen, daß die Einführung des Wahlschuldtyps auf der grundsätzlichen Erwägung beruht, eine schuldrechtliche Bindung der Parteien, wie sie den Verkehrsbedürfnissen entspricht, schon in dem Zeitpunkt zu schaffen, in dem sie sich zwar schon darüber einig sind, aus welchem Rahmen das Schuldobjekt zu nehmen ist, ohne sich schon über das endgültige Erfüllungsobjekt schlüssig zu sein. Dieser gleiche Grundsatz findet sich schon bei der Gattungsschuld, er erfährt aber eine Unterscheidung dadurch, daß bei der Gattungsschuld außerdem die einzelnen Erfüllungsobjekte vom Standpunkt der Parteien aus gleichartig und somit vertretbar erscheinen, während sie bei der Wahlschuld grundsätzlich individuell verschieden sind und daher auch grundsätzlich, zumindest von der wahlberechtigten Partei, eine verschiedene Wertung erfahren.

Der Gesetzgeber dürfte bei der Festlegung der einzelnen Schuldformen davon ausgegangen sein, daß unter § 243 BGB nur die Schuldverhältnisse fallen, die über Gattungsschulden im natürlichen, objektiven Sinn, d. h. im Sinne des Sprachgebrauchs begründet werden, und es somit eine weitere Regelung der Fälle bedurfte, in denen kein natürlicher Schuldkomplex besteht, sondern erst der Wille der Parteien einen solchen, nach ihren individuellen Interessen, schaffen kann[72]), aus dem sie dann das endgültige Erfüllungsobjekt bestimmen dürfen; damit hängt aber begrifflich zusammen, daß dieser so gestaltete Kom-

---

72) Die Übung der Praxis, die dahin führte, auch die gewillkürte — beschränkte Gattungsschuld unter § 243 BGB zu stellen, hat die Bedeutung der Wahlschuld erheblich herabgesetzt. Andererseits führte sie auch dazu, ein anderes entscheidendes Begriffsunterscheidungsmerkmal zwischen beiden Schuldformen zu suchen, das sie schließlich in der Individualität der Wahlschuldobjekte, im Gegensatz zu den Gattungsschuldobjekten zu finden glaubte und übersah dabei, daß diese Individualität erst die regelmäßige Folge der von den Parteien vorgenommenen Gestaltung des Komplexes ist. Vgl. im übrigen S. 65.

plex grundsätzlich übersichtlich wird und sich regelmäßig in seinen einzelnen Bestandteilen individuell abhebt. Da andererseits aber der Gesetzgeber dieses so gestaltete Komplexschuldverhältnis als der Gattungsschuld (=natürliches Komplexschuldverhältnis) ähnlich ansah, hat er des letzteren Grundbestimmungen auch hier parallel herangezogen[73]) und nur da abweichend bestimmt, wo dies durch die Eigenart des Parteienkomplexes bedingt ist. Die Angleichung in den Elementarbestimmungen zeigt sich vor allem bei der grundsätzlich dem Schuldner zugebilligten Wahlmöglichkeit (vgl. § 243!), obwohl hier möglicherweise eine logische Inkonsequenz insofern gegeben ist, als abweichend vom Gattungsschuldverhältnis keine regelmäßige Gleichartigkeit der einzelnen Objekte vorliegt und in Anbetracht dessen, daß nach dem Grundprinzip des Rechtsverkehrs der Gläubiger das Schuldverhältnis gestaltet, nicht der Schuldner[74]), den Interessen des ersteren nicht in hinreichendem Maße genügt sein dürfte. In jedem Fall aber läßt sich gerade aus der Tatsache, daß der Gesetzgeber zwar nicht Gleichartigkeit der einzelnen Objekte, wohl aber deren gleichermaßen vorliegende Gleichwertigkeit, im Sinne des Erfüllungsinteresses — unterstellte, der Beweis dafür herleiten, wie weitgehend das Gesetz die Wahlschuld der Gattungsschuld begrifflich annäherte und in ihrer technischen Konstruktion daher entsprechend gleichstellte[75]).

Insofern ist es durchaus ungerechtfertigt, die Wahlschuld, wie es in der Literatur überwiegend geschieht, begrifflich unter die Speziesschuld einzuordnen. Dieser Ansicht muß grundsätzlich entgegengetreten werden. Die Tatsache, daß einerseits die Wahlschuld mit der Speziesobligation die individuelle Abhebung des Leistungsobjekts gemein hat, andererseits mit der Gattungsschuld die relative Unbestimmtheit des Erfüllungsgegenstandes, läßt eine begriffliche Einordnung in eine der beiden vorangegangenen Schuldtypen überhaupt nicht zu. Will man aber von der Wahlschuld aus Parallelen ziehen, dann sind die zur Gattungsschuld auf Grund der vom Gesetzgeber vorgenommenen gleichen Konstruktion bei weitem folgerichtiger als die zur Speziesschuld. Wie wenig die in der Literatur vorwiegend getroffenen Begriffs- und Unterscheidungsbestimmungen zwischen Wahl- und Gattungsschuld stichhaltig sind, soll im Folgenden gezeigt werden:

(1) Kisch[76]) kommt zu dem Ergebnis, es handele sich bei der Wahlschuld um eine besondere Form der Speziesobligation, indem er von dem Zweck der Obligation ausgeht, und er glaubt, das entscheidende Begriffsbestimmungsmerkmal in der Wahl zu sehen. Wahl, so führt

---

73) S. S. 64 ff.
74) S. S. 39 Anm. 49.
75) Über die Frage, ob die technische Gleichstellung rechtspolitisch begründet ist, s. S. 64 ff.
76) Gattungsschuld und Wahlschuld, eine begriffliche Abgrenzung, § 7 S. 128.

er aus, sei die Handlung, durch die der Entschluß auf eine von mehreren miteinander verglichenen Möglichkeiten gerichtet werde. Das Eigentümliche der Wahlschuld liege darin, daß es einer Partei freigegeben sei, von mehreren an sich in Betracht kommenden Objekten dasjenige zum Leistungsgegenstand zu machen, dessen Leistung nach ihrer subjektiven Vorstellung ihren Interessen im Moment der Wahl am besten entspreche. Der Unterschied gegenüber der Speziesschuld bestehe also lediglich darin, daß bei der species die Wahl v o r Begründung der Schuld erfolge, bei der Wahlschuld n a c h derselben.

Dieser zuletzt angeführten unterschiedlichen Begriffsbestimmung kann man aber nicht unbedingt folgen. Sie scheint insofern verfehlt, als sie das Schuldverhältnis, das als Wahlschuldverhältnis gemäß § 262 BGB schon vor der Wahl besteht, bei der Begriffsbestimmung gänzlich außer acht läßt und den Begriff lediglich aus der Rechtslage n a c h der Wahl erklärt. Es ist doch aber gerade das Eigentümliche der Wahlschuld, daß „von mehreren an sich in Betracht kommenden Objekten" nicht alle zur Erfüllung herangezogen werden. Diese individuellen, in Betracht kommenden Objekte sind doch aber auch „ausgewählt", nur daß die Auswahl keine endgültig bestehende ist, weil ein Teil der Objekte wieder aus dem Schuldverhältnis ausscheidet. Gerade in letzterer Hinsicht zeigt sich aber, daß vorstehender Schuldtyp eine grundsätzliche Ähnlichkeit zur Gattungsschuld aufweist, zumal die oben getroffene Unterscheidung, bei der species liege die Wahl vor Begründung der Schuld, bei der Wahlschuld nach derselben, in ihrem zweiten Teil im Sinne der Schuldbeschränkung auch für die Gattungsschuld gelten könnte.

Es ist daher abzulehnen, die Wahlschuld in den Begriff der species einzuordnen. Gerade die Tatsache, daß bei Begründung des Wahlschuldverhältnisses m e h r e r e Leistungen geschuldet werden, von welchen nicht alle, sondern nur einige oder eine, noch später zu bestimmende zu leisten ist, spricht gegen diese Auffassung. Objektiv gesehen ist ein späteres vertragliches Ausscheiden geschuldeter Gegenstände, mag man es Auswahl oder Aussonderung nennen, nur als Begleiterscheinung der Gattungsschuld denkbar (vgl. § 243), während es mit dem Begriff der species unvereinbar und daher auch dort aus dem Gesetz nirgends ersichtlich ist, daß einmal geschuldete Objekte später wieder vertragsgemäß ausscheiden können. Daran kann auch weder der individuelle Charakter der Wahlobjekte noch der damit zusammenhängende Begriff der Wahl als Wertung derselben etwas ändern, weil beide keine ausschließlichen Kriterien gerade der Speziesschuld sind, vielmehr auch bei der Aussonderung der Gattungsschuld individuell gewertet werden kann. Daß eine Gleichstellung des Gesetzgebers in dieser Richtung vorliegt, geht schon aus der in § 262 Abs. I BGB festgelegten Vermutung hervor, daß — man vergleiche § 243 BGB — das W a h l r e c h t i m Z w e i f e l d e m S c h u l d n e r z u s t e h t. —

Es soll natürlich nicht bestritten werden, daß die Auswahl des § 262 Abs. 1 BGB eine Wertung nach individuellen Eigenschaften unterstellt, während die Bestimmung des § 243 BGB von dem generellen Charakter gleichartig auftretender Gegenstände ausgeht und deshalb keine eigentliche Wahl kennt. Ist man sich aber bewußt, daß die objektive Gleichartigkeit der echten Gattungsschuldobjekte keine notwendige ist, daß Gattung dort nicht Gattung im natürlichen Sinn heißt — d. h. nach der Rechtspraxis; der Gesetzgeber dürfte zunächst gerade nur von dieser ausgegangen sein · —, sondern jeweilig subjektiv begründet werden kann, so ist darin nur ein regelmäßiges, nicht aber ein entscheidendes Begriffs- und Unterscheidungsmerkmal gegenüber einer Schuldform zu finden, die sich allein durch das Fehlen dieser Norm von ihr unterscheidet.

Auch ist unzutreffend zu sagen, bei der Gattungsschuld werde nur die Komplexzugehörigkeit verlangt, bei der Wahlschuld (als Abart der species) das Vorliegen bestimmter individueller Eigenschaften. Komplexzugehörigkeit wird auch bei der Wahlschuld vor allem verlangt, wobei allerdings der Komplex hier im Gegensatz zur Gattungsschuld ein gewillkürter und regelmäßig individuell unterscheidbarer ist. In beiden Fällen kommt es aber auf die Komplexzugehörigkeit in erster Linie an, weil der Komplex e i n z i g e Grundlage der späteren Beschränkung ist; und es kommt nach dem Willen des Gesetzgebers nicht nur objektiv, sondern auch nach der Vorstellung der Parteien, besser: der einen, nicht ausscheidungsberechtigten Partei allein auf diesen Komplex an, da, wäre es anders, die Partei die Bildung dieses Komplexes nicht zugelassen hätte. Beachtet man ferner, daß auch bei der Gattungsschuld die Gleichartigkeit und Gleichwertigkeit keine objektive, sondern eine subjektive sein kann, · · und gerade dieser Fall ist praktisch häufig — , so muß man auch hier wieder eine Parallelstellung mit der Wahlschuld finden, da die Objekte der letzteren subjektiv immer — im Sinne des Erfüllungsinteresses — gleichwertig, wenn auch regelmäßig verschiedenartig sind. Sie alle bilden den Gegenstand desselben Schuldverhältnisses, das regelmäßig entgeltlich regelmäßig für alle individuell verschiedenen Gegenstände dasselbe Entgelt vorsieht. Mit der subjektiven Gleichwertigkeit der Schuldobjekte in b e i d e n Fällen entscheidet beidesmal in erster Linie die Komplexzugehörigkeit. Schließlich wird auch bei der Gattungsschuld meistens individuelle Auswahl erfolgen, da der Schuldner kaum nach anderen Gesichtspunkten die Aussonderung vornehmen kann; er wählt irgendwelche möglichst schlechte oder gute Stücke der Gattung, beide Eigenschaften sind aber der Sache innewohnende Individualisierungsmerkmale.

(2) Auch wird in der Literatur behauptet, ein begrifflicher Gegensatz zwischen Gattungs- und Wahlschuld sei in der größeren oder ge-

ringeren Zahl der Objekte zu finden[77]), oder darin, daß es bei der ersteren zahlreichere Objekte der Auswahl gebe, aber diese von geringerer Bedeutung seien, da die Objekte für die Bedürfnisse der Parteien gleichwertig seien; während es bei der Wahlschuld weniger Gegenstände der Auswahl gäbe, dafür aber die Wahl eine größere qualitative Bedeutung habe, da sie eine bessere Anpassung des Erfüllungsobjekts an die Vertragszwecke ermögliche[78]). Man kann dagegen auch behaupten, daß sowohl das generische wie das alternative oder das Speziesschuldobjekt den Bedürfnissen der Partei gleich angepaßt ist, da sie dies gerade durch die Wahl auch der labilsten Schuldform im Einzelfall kundgetan hat. Der Unterschied zwischen den Schuldformen der §§ 243 und 262 BGB im Hinblick auf die Anpassung kann allein ein objektiv ersichtlicher sein, insofern, als grundsätzlich alle Gattungsschuldobjekte gleichmäßig den Bedürfnissen angepaßt sind, weil sie sich objektiv gleichzustehen pflegen, bei der Alternativschuld dagegen häufig nur eine subjektive Gleichstellung der Objekte vorliegt, bewirkt durch den Willen der Parteien. Da aber einerseits auch bei der Gattungsschuld subjektive[79]), andererseits bei der Wahlschuld auch objektive[80]) Gleichwertigkeit vorliegen kann, kann in der oben angeführten objektiven Verschiedenartigkeit bzw. -wertigkeit der Schuldobjekte, von der Kisch ohne Zweifel ausgeht, kein Begriffsunterschied gefunden werden. — Was die von Pistory vertretene Ansicht betrifft, so wird sie jetzt allgemein als unzutreffend abgelehnt[81]).

(3) Auch kann man keinen Unterschied aus dem Komplex herleiten, insofern als bei der Gattungsschuld dieser Komplex ab origine eine Einheit bildet, die schon vor dem Vertrag und unabhängig von ihm besteht, bei der Wahlschuld dagegen erst der Parteiwille aus mehreren an sich unzusammenhängenden Gegenständen eine höhere Einheit bildet, die keine Gattung im Sinne des Vertragsrechts geschweige denn im Sinne des gewöhnlichen Sprachgebrauchs darstellt[82]). Stellt man fest, daß auch die sog. beschränkte Vorratsschuld, was jetzt fast unbestritten ist, eine Gattungsschuld darstellt[83]), oder die zu einer Person gehörige Sachgesamtheit (z. B. Nachlaß eines Künstlers), dann ist nicht einzusehen, warum nicht entsprechend die willkürliche Zusammen-

77) Pistory, Wahl und Unmöglichkeit als Voraussetzungen der Beschränkung der Wahlschuld nach dem Rechte des BGB, Erl. Diss. 1901 S. 9.
78) So Kisch, § 7 S. 133 f.
79) Kisch, § 7 S. 142.
80) Kisch, § 7 S. 144.
81) Vgl. Kisch, § 7 S. 168.
82) Kisch, § 7 S. 136 f.
83) So Enneccerus, 4./5. Aufl. Bd. I Abt. II S. 16, III. Schollmeyer, Komm. zum Recht der Schuldv. § 243 unter 2 S. 9. — Kisch in Grünhuts Zeitschrift Bd. 28 S. 258. — Planck zu § 243. — Staudinger-Kuhlenbeck 3./4. Aufl. S. 18. — Fischer, in Jherings Jahrb. Bd. 51 S. 182 f. — Düringer-Hachenburg 2, 399. — Cosack, 5. Aufl. I, 1, S. 365 § 84 unter g. — RG 57/138.

stellung der Wahlobjekte eine Gattung im Sinne des Vertragsrechts bilden soll. Welche andere Bedeutung sollte eigentlich die vorerwähnte „höhere Einheit" sonst haben? Sowohl bei ihr wie bei den oben erwähnten Komplexen können grundsätzlich individuell verschiedene Gegenstände vorliegen, und erst der Vertrag schafft in beiden Fällen die Beziehung unter ihnen, nämlich die Beziehung, auf die es hier allein ankommt, den Schuldkomplex, mag man ihn Gattung oder höhere Einheit nennen. Daß ein sonstiger natürlicher Zusammenhang zwischen den einzelnen Gegenständen, etwa den Nachlaßgegenständen, bestand und besteht, besagte nichts, wenn die Parteien in dem Vertrag nicht aus diesem eine Gattung im Vertragssinn machten.

Aus demselben Grunde ist auch unzutreffend zu sagen, bei der Gattungsschuld sei der schon bestehende Zusammenhang der Schuldobjekte der Grund für die Wahl unter ihnen, bei der Wahlschuld sei der Zusammenhang erst die Folge davon, daß eine Wahl unter ihnen vorgesehen sei[84]). Einmal besteht nämlich dieser Unterschied nur dann, wenn es sich um eine natürliche Gattung handelt; bei Gattungen im Sinne des Vertragsrechts kann auch der Zusammenhang erst die Folge der Wahl- bzw. Aussonderungsmöglichkeit sein, und andererseits ist diese Argumentationstechnik einfach deshalb hinfällig, weil sie höchstens das Zustandekommen der Schuldtypen erklärt, niemals aber daraus, — gerade weil es auf den natürlichen Zusammenhang nicht ankommt — eine Begriffsbestimmung herleiten kann.

(4) Außerdem soll die bei der Gattungsschuld bestehende objektive oder subjektive Gleichartigkeit der einzelnen Objekte bewirken, daß von einer nachträglichen individuellen Bestimmung des Leistungsobjekts abgesehen werden kann, da jeder Gegenstand ebenso tauglich erscheint wie der andere. Der Partei sei die Auswahl gleichgültig. Letzteres bildet aber kein Argument für die Unterscheidung gegenüber der Wahlschuld. Auch bei der Wahlschuld ist es einer Partei gleichgültig, womit erfüllt wird. Darüber hinaus ist es in beiden Fällen regelmäßig der Schuldner. Natürlich sind im allgemeinen die Interessen an der Auswahl bei der Gattungsschuld geringer, aber darin liegt nur ein quantitativer Unterschied, zumal er nicht notwendig besteht. Es gibt Gattungen mit völlig ungleichartigen Bestandteilen und Wahlschuldkomplexe mit objektiv durchaus gleichartigen Sachen. Daß die schon vor dem Vertrag bestehende, natürliche Beziehung der einzelnen Objekte hier, wo es sich nur um den Begriff der Gattung im natürlichen oder vertraglichen Sinn handelt, keine Rolle spielt, wurde schon oben (unter 3) hervorgehoben. Auf jeden Fall ist diese natürliche Beziehung bei der Gattungsschuld nicht von größerer Bedeutung als die von den Parteien vollkommen selbständig geschaffene bei der Wahlschuld. Liegt eine dieser Beziehungen vor, dann sind in beiden Fällen

84) Kisch, § 7 S. 140.

die gleichen Interessen an den einzelnen Objekten des Komplexes gegeben. Ob die aussonderungsberechtigte Partei von der Gleich- oder Verschiedenartigkeit der möglichen Erfüllungsobjekte ausging, ist für keinen Schuldtyp unbedingt entscheidend[85]), denn es kommt weniger auf die Gleichartigkeit der Sachen an, sondern darauf, daß diese gleichartigen oder gleichwertigen Sachen einen Komplex bilden, aus dem irgendwie erfüllt werden soll.

(5) Daß das Gesetz in seinen Bestimmungen bei der Gattungsschuld von einer Leistung ausgeht (vgl. §§ 243, 279, 300, 480, 2155 BGB), bei der Wahlschuld von mehreren (vgl. § 262 BGB) kann insofern keinen ausschlaggebenden Begriffsunterschied bilden, als damit nur der regelmäßig verschiedene Umfang bzw. dessen Übersehbarkeit oder Unübersehbarkeit unterstellt wird, ohne diesem die Bedeutung eines entscheidenden Begriffsmerkmals geben zu wollen und zu können. Es ist ja auch unstreitig, daß z. B. drei Pferde ebenso eine Gattungsschuld darstellen können, wie 30 Gegenstand einer Alternativschuld zu sein vermögen. Grundsätzlich aber liegt es im Wesen des gewillkürten Komplexes, daß er geringen und daher übersehbaren Umfang hat, insofern auch von mehreren Leistungen gesprochen werden kann, während bei der natürlichen Gattung der Fall gerade entgegengesetzt liegt.

(6) Ein ausschlaggebender Unterschied scheint letzten Endes darin zu liegen, daß sich die Konzentration verschieden vollzieht. Bei der Wahlschuld genügt eine einseitige Willenserklärung (§ 263 Abs. I BGB), bei der Gattungsschuld nicht (§ 243 Abs. II BGB). Diese Regelung ist aber lediglich eine Folge aus der allgemein vorliegenden, wenn auch nicht notwendigen Verschiedenheit in den Voraussetzungen von Wahl- und Gattungsschuld. Grundsätzlich ist eben der Gattungskomplex objektiv gleichartig zusammengesetzt und unübersichtlich, ebenso wie es die einzelnen, zueinander in Beziehung stehenden Wahlschuldobjekte nicht sind. Aber das sind schließlich nur Durchschnittsregeln. Grade wie man bei der beschränkten Vorratsschuld etwa eine Ausnahme macht, ist regelmäßig diese Ausnahme auch bei der Wahlschuld gegeben. In beiden Fällen ist das für die Gattungsschuld charakteristische Moment der objektiven Gleichartigkeit und Unübersehbarkeit der Objekte im Äußerstfalle fortgefallen.

Da laut gesetzlicher Vermutung das Wahlrecht, ebenso wie das Aussonderungsrecht bei der Gattungsschuld, im Zweifel dem Schuldner zusteht, verliert das bei der Wahlschuld als charakteristisch hervorgehobene Moment der Schuldung sämtlicher Objekte an Bedeutung, insofern als der Schuldner von Anfang an leisten und damit subjektiv schulden kann, was er will, umsomehr als nach § 263 Abs. II BGB das Leistungsobjekt als von Anfang an allein geschuldet gilt. Der in

85) Anders Oertmann, Komm. 3./4. Aufl. Vorbem. zu § 262 ff. 2 d.

der Literatur als kennzeichnend hervorgehobene Gegensatz: bei der Gattungsschuld sei nur ein Objekt geschuldet, bei der Wahlschuld mehrere, ein Gegensatz, der sich in den klassischen Formeln una in obligatione, omnes in solutione einerseits, omnes in obligatione, una in solutione andererseits auszudrücken pflegt, erleidet gerade eine Umkehrung, wenn man feststellen muß, daß nach § 265 Abs. II BGB gerade nur eine Leistung als von Anfang an geschuldet gilt, während bei der Gattungsschuld eben unendlich viele in dem Sinn geschuldet sind, als auch noch nach der Konzentration möglicherweise mit anderen gehaftet (§ 279 BGB) oder erfüllt (§ 480 Abs. I S. 1 BGB) werden kann.

Auch soll der Zeitpunkt der Konzentration verschieden sein. Bei der Gattungsschuld trete er mit der Erfüllung ein (Lieferungstheorie) bzw. mit dem Annahmeverzug des Gläubigers; auf jeden Fall entspreche es ihrem Wesen, daß die Schuld nicht längere Zeit vor der Erfüllung auf einen bestimmten Gegenstand konzentriert werde; gerade weil bei ihr die Individualität unerheblich sei, erscheine es angemessen, die Konzentration auf einen möglichst späten Zeitpunkt zu verlegen[86]). Umgekehrt bei der Wahlschuld. Hier sei die individuelle Festlegung des Erfüllungsgegenstandes ein Vorgang, der sich vom Erfüllungstatbestand heraushebe und selbständige Bedeutung habe. Die Wahlschuld, so sagt Kisch weiter[87]), unterscheide sich von sonstigen Speziesschulden nur in der einen Beziehung, daß die Wahl des Erfüllungsobjekts nicht schon vor oder bei Vertragsschluß, sondern erst später erfolge. Aber ist das nicht auch der Unterschied der Gattungsschuld gegenüber den „sonstigen" Speziesschulden? Muß nicht auch dort die Aussonderung des Erfüllungsobjekts der Idee nach der Vertragserfüllung vorausgehen, da eine Erfüllung sonst garnicht denkbar ist? Ist das Wesen der Gattungsschuld ebenso wie das der Wahlschuld nicht überhaupt, daß die beiden Bestandteile, die sonst, nämlich bei der Begründung der Speziesschuld, vereinigt vorliegen: Wahl des individuellen Schuldobjekts und Vertragsschluß über dasselbe, dort zeitlich auseinandergerissen werden, derart, daß zunächst nur Vertragsbildung und erst später die Bestimmung des Erfüllungsgegenstandes stattfindet? Aus der Tatsache aber, daß die Wahlschuldobjekte regelmäßig bezeichnungsfähiger sind, weil sie sich individuell zu unterscheiden pflegen, kann man noch nicht folgern, daß begriffsnotwendig die Fixierung dieser gegenüber der Gattungsschuld in einem früheren Zeitpunkt eintritt, oder besser: daß bei der Wahlschuld die Bindung schon vor der Erfüllung eintritt, bei der Gattungsschuld nicht. Bekanntlich besteht von der Lieferung an gemäß § 243 Abs. II BGB, die nicht der

86) Genau so läßt sich das Gegenteil behaupten: Ist die Individualität unerheblich, dann kann die Konzentration auch schon möglichst früh erfolgen.
87) Gattungsschuld und Wahlschuld, § 7 S. 156, 128.

Erfüllung begrifflich gleichsteht, der Ausschluß des jus variandi. Außerdem ist allein entscheidend, daß in beiden Fällen die Fixierung des Erfüllungsobjekts nach Vertragsschluß und vor der Erfüllung liegt. Die Abstufungen im Einzelfall sind weniger wichtig. Das Grundprinzip aber hebt sich entscheidend von dem der Spezies schuld ab.

Wenn man in der Literatur versucht, die begriffliche Gleichstellung der Wahlschuld mit der Spezies schuld damit zu rechtfertigen, daß beide sich von der Gattungsschuld durch die subjektive und individuelle Wertung der Erfüllungsobjekte abhebe, so zeigt am besten die Tatsache, daß trotz dieser „Verschiedenheit" sämtliche Wahlschuldregeln auf die Gattungsschuld, und umgekehrt regelmäßig sämtliche Gattungsvorschriften begrifflich, wenn auch nicht im Einzelfall[88]), auf die Wahlschuld zur Anwendung kommen könnten, wie unmaßgeblich diese Unterscheidung ist.

II. Die grundsätzlichen Gesetzes- und Rechtsbestimmungen.

1. §§ 262, 263 BGB.

§ 262 BGB: „Werden mehrere Leistungen in der Weise geschuldet, daß nur die eine oder die andere zu bewirken ist, so steht das Wahlrecht im Zweifel dem Schuldner zu."

§ 263 BGB: „Die Wahl erfolgt durch Erklärung gegenüber dem anderen Teile.

Die gewählte Leistung gilt als die von Anfang an allein geschuldete."

Gegenstand des Schuldverhältnisses ist nicht wie bei Spezies schuld eine Leistung, und nicht wie bei der Gattungsschuld irgendeine Leistung, sondern mehrere Leistungen. Die weitere Besonderheit gegenüber den anderen Schuldverhältnissen liegt darin, daß diese Leistungen nicht sämtlich, sondern nur die eine oder die andere davon zu erbringen ist. Das Prinzip der Vertragsfreiheit ermöglicht auch eine solche Art der Verpflichtung. Auch sie genügt dem Erfordernis der Bestimmtheit der Leistung. Bestimmtheit heißt nämlich nicht Einzahl der Objekte, sondern Individualität oder Bestimmbarkeit. Individualität der Leistungen ist bei der Wahlschuld regelmäßig vorhanden; und da, wo sie es nicht ist, genügt auch hier wie bei der Gattungsschuld die Bestimmbarkeit des Schuldgegenstandes. Aus der aber regelmäßig vorliegenden Individualität der Wahlobjekte erklärt sich auch die weitere gesetzliche Regelung, die Ausübung des Wahlrechts durch Erklärung vorsieht. Gerade weil von der objektiven Verschiedenartigkeit der Objekte ausgegangen wird, kommt man zu der Terminologie des Wählens, und aus eben demselben Grunde erklärt sich, daß eine Erklärung genügt, das Schuldverhältnis zu beschränken, nämlich weil auch schon diese Erklärung eine eindeutige Sachlage zu schaffen vermag.

88) Auch bei unstreitigen Gattungsschulden kommen nicht alle diesbezüglichen Bestimmungen zur Anwendung.

Ein Vergleich mit den anderen Schuldformen zeigt, daß größere Ähnlichkeiten zur Wahlschuld auf seiten der Gattungsschuld liegen, insofern als auch dort, und zwar nur dort, eine spätere Beschränkung des Schuldverhältnisses vorgesehen ist. Die mit der Speziesschuld regelmäßig gemeinsame Individualität der bzw. des Schuldobjektes ist lediglich eine Folge aus der von den Parteien vorgenommenen Gestaltung des Schuldkomplexes und kann mit der obigen Parallele zur Gattungsschuld nicht gleich maßgebend sein, weil erstere dem Begriff entsprechend immer gegeben ist, letztere dagegen nicht. Andererseits sind auch bei der Gattungsschuld objektiv individuelle Ungleichheiten möglich, während die subjektive Gleichstellung im Sinne des Erfüllungsinteresses sowohl bei der Gattungs- wie Wahlschuld vorliegt.

§ 243 BGB unterscheidet sich von den §§ 262, 265 BGB in Folgendem: durch die Schuldung einer Leistung, durch den Aussonderungsmodus nach mittlerer Art und Güte, und durch die Art des Vollzugs und den regelmäßigen Zeitpunkt der Konzentration.

Was die Schuldung einer Leistung in § 243 BGB anlangt, so erklärt sie sich aus dem Umfang der natürlichen Gattung, von der der Gesetzgeber ausgegangen ist. Die Gattung im Sinne des Sprachgebrauchs ist unübersichtlich, so daß mehrere Leistungen daraus ebensowenig geschuldet werden könnten, wie sie vorstellbar und bestimmbar wären. § 262 BGB dagegen stellt grundsätzlich zwei Leistungen zur Wahl, von den auch bei Begründung des Schuldverhältnisses ausgegangen worden ist. Daß die erwähnte Einzahl der Leistung in § 243 BGB ohne Bedeutung für die tatsächliche Schuldung anderer, über diese Einzahl hinausgehender ist, zeigt die Vertretbarkeit der anderen Gattungsobjekte in § 480 BGB, wo eine mögliche Nachlieferung verlangt werden kann. Selbst wenn man sich auch auf den Standpunkt stellte, daß in diesem Fall die Konzentration noch nicht eingetreten sei, wäre das gegenüber der Tatsache, daß auch bei § 262 BGB noch keine Beschränkung vorliegt, ohne Bedeutung. Der Schuldverband ist also in § 243 BGB mit dem des § 262 BGB. — trotz der entgegengesetzten Sprachweise, die sich aber aus der natürlichen Sachlage erklärt —, gleich umfangreich, und er ist umfangreicher, wenn man feststellt, daß wohl nach der Konzentration nochmalige Lieferung verlangt werden kann, nach Ausübung der Wahl, entsprechend § 265 Abs. II BGB, wohl nicht[89]).

Es war auch unmöglich, bei § 262 BGB einen bestimmten Aussonderungsmodus, etwa nach mittlerer Art und Güte, vorzusehen, weil dieser gar keine Bedeutung außerhalb der natürlichen Gattung, die nur bei § 243 BGB vorliegen kann, hat. Daß aber darin keine ausschlaggebende Abweichung von der Gattungsschuld liegt, zeigt sich darin, daß diese Aussonderungsnorm kein notwendiges Kriterium der

89) S. darüber S. 75 f.

Gattungsschuld darstellt, insofern als auch bei ihr einerseits anders ausgesondert werden kann (Einverständnis der Parteien), zum anderen in vielen Fällen diese Aussonderung garnicht möglich ist, etwa weil nur Objekte gleicher Güte vorhanden sind (Vorratsschuld) oder die einzelnen Objekte sich individuell unterscheiden, so daß auch dort, ebenso wie bei der Wahlschuld, der Begriff der mittleren Art und Güte unanwendbar bleibt (Nachlaß eines Künstlers). Besonders aus dem letzteren Grund ist ersichtlich, wie haltlos die Ansicht ist[90]), die die Unanwendbarkeit bei der Wahlschuld aus dem Begriff erklärt, bei der Gattungsschuld aus dem tatsächlichen Grunde, daß hier eine Ausnahme gegenüber der Regel der möglichen mittleren Art und Güte besteht. — Auch kann man nicht sagen, der Unterschied sei der, daß die Unanwendbarkeit des § 243 Abs. I BGB bei der Gattungsschuld nicht ausnahmslos wie bei der Wahlschuld sei[91]), weil die Wahlschuld gerade als besondere Form der Komplexschuld (Gattungsschuld im weitesten Sinn) die Ausnahme darstellt, die der Gesetzgeber nach der damaligen Rechtsauffassung zu einem neuen Begriff gestalten mußte[92]).

Art und Zeitpunkt der Konzentration hängen bei § 262 BGB wiederum von der regelmäßig gegebenen Individualität — dem Ausgangspunkt des Gesetzgebers —, bei § 243 BGB von dem regelmäßig vorliegenden generellen Charakter der Objekte ab. Ebenso wie zur Klärung der Sachlage im ersten Fall eine einfache Willenserklärung genügt, ist im zweiten Fall ein tatsächliches Handeln erforderlich, um das Leistungsobjekt eindeutig herauszustellen. Es ist aber auch klar, daß in beiden Fällen schon bzw. erst die Konzentration — hier im weitesten Sinne — mit der Klarstellung des Schuldverhältnisses erfolgen kann, weil mit der Konzentration bestimmte Folgen verbunden sind (z. B. Gefahrtragung), und es im Interesse der gerechten Parteienbehandlung liegt, wenn die Konzentration so bald als möglich, aber erst dann, wenn sie möglich ist, eintritt. Der Schwebezustand strebt nach Beseitigung, die endgültige Rechtslage ist zu schaffen. Die Verschiedenheit in den Beschränkungsbestimmungen der §§ 243, 263 BGB erklärt sich einfach aus den tatsächlichen Umständen, ohne daß ihre gleichgerichtete Norm zu übersehen ist.

Im übrigen stellt die Auswahlbefugnis des § 262 Abs. I BGB die Parallele zu dem Aussonderungsrecht des § 243 BGB her, § 263 Abs. II BGB die Parallele zu § 243 Abs. II BGB.

90) Kisch, § 9 S. 195.
91) Kisch, § 9 S. 195.
92) S. S. 56 und Anm. 72 ebendort.

2. Negative Vertragsverletzung: Unmöglichkeit.

§ 265 BGB: „Ist eine der Leistungen von Anfang an unmöglich oder wird sie später unmöglich, so beschränkt sich das Schuldverhältnis auf die übrigen Leistungen. Die Beschränkung tritt nicht ein, wenn die Leistung infolge eines Umstandes unmöglich wird, denn der nicht wahlberechtigte Teil zu vertreten hat."

Es werden hier folgende Fälle der Unmöglichkeit geregelt:

a) Anfängliche objektive Unmöglichkeit,
b) Nachträgliche Unmöglichkeit, durch Zufall,
c) Nachträgliche Unmöglichkeit, durch Verschulden des wahlberechtigten Teils,
d) Nachträgliche Unmöglichkeit, durch Verschulden des nicht wahlberechtigten Teils.

a) Ist die eine der zur Wahl gestellten Leistungen von Anfang an unmöglich, so beschränkt sich das Schuldverhältnis auf die übrigen Leistungen. Es kann sich darauf beschränken, weil es zum mindesten insoweit besteht. Was die unmögliche Leistung betrifft, so ist fraglos, daß auf sie § 306 BGB zur Anwendung kommt und kommen muß, da auch hier im Rahmen der Wahlschuld das Zustandekommen des Vertrages insoweit „fingiert" ist[93]). Ebenso ist aber auch fraglos, daß diese „Teil"nichtigkeit nicht ohne weiteres die Nichtigkeit des anderen „Teils" zur Folge haben muß, es sei denn, daß die Grundregel des § 139 BGB zur Anwendung zu kommen hat. § 139 BGB ist aber in § 265 BGB schlechthin ausgeschlossen, da dort bestimmt ist, daß sich das Schuldverhältnis bei anfänglicher Unmöglichkeit einer der Leistungen auf die übrigen beschränkt[94]). Selbst wenn man auch hier die Folge der anfänglichen objektiven Unmöglichkeit, § 307 BGB, eintreten läßt, liegt eine Unbilligkeit gegenüber dem wahlberechtigten und nicht wissenden Teil des Schuldverhältnisses darin, daß er das noch zur Verfügung stehende Wahlobjekt auf jeden Fall annehmen muß, obwohl es gerade im Augenblick der späteren Wahl, wenn sie erfolgt wäre, seinen Interessen überhaupt nicht genügt. Das Interesse im Zeitpunkt der Wahl zu berücksichtigen, war aber gerade der Zweck der Wahlobligation. Hierbei schafft auch der Ersatz des negativen Interesses keinen genügenden Ausgleich.

Durch anfängliche subjektive Unmöglichkeit einer alternativen Leistung wird die Gültigkeit des Vertrages nicht berührt. Eine solche Leistung kann gewählt und damit zur geschuldeten gemacht werden.

Die Regelung bei der Gattungs- und Speziesschuld, soweit sie zum Vergleich überhaupt herangezogen werden kann, ist die gleiche.

---

93) S. S. 3.

94) So auch Litten, die Wahlschuld, 1903 S. 216 ff. Pescatore, die Wahlschuldverhältnisse 1905, S. 252 ff. Planck, Komm. Anm. e zu § 265 BGB. Enneccerus, I 2 S. 71. A.A. Kreß, Lehrbuch des allgemeinen Schuldrechts § 14 S. 257 f.

b) Bei zufälligem nachträglichen Untergang eines Teils der Wahlobjekte beschränkt sich das Schuldverhältnis auf die übrigen Leistungen. Daß das nachträgliche Unmöglichwerden an dem Bestand des Schuldverhältnisses nichts ändern kann, wurde schon mehrfach hervorgehoben. Zur Festlegung einer Schadensersatzpflicht bezüglich des untergegangenen Teils bestand keine Veranlassung und keine gesetzliche Möglichkeit, weil es an einem Verschulden fehlt. Ein weiterer Bestand des Wahlschuldverhältnisses mit weiter bestehender Wahlbefugnis kam aber deshalb nicht in Frage, weil durch den eingetretenen zufälligen Untergang keiner der Vertragsteile einen Vorteil oder Nachteil, über den Zufall hinaus, haben sollte. Es wäre nämlich an sich möglich gewesen, auch jetzt noch die Wahl ausüben zu lassen. Dann hätte aber der wahlberechtigte Teil, der die untergegangene Sache wählt und keinen Schadensersatz dafür erlangt, den Vertrag insoweit nach §§ 275, 323 BGB hinfällig gemacht und somit auch die weitere Bindung an das Wahlschuldverhältnis aufgelöst. Das hätte aber auf der einen Seite einen Vorteil und auf der anderen Seite einen Nachteil bedeuten können und wäre in Anbetracht dessen, daß die Sachlage von keinem Teil zu vertreten ist, unbillig. Der Gesetzgeber hat eine solche Regelung daher abgelehnt[95]).

Verglichen mit der Speziesschuld entspricht diese Regelung der der §§ 275, 323 BGB, allerdings nur soweit es sich um die Frage der Vertretbarkeit handelt, die in allen Fällen ihre Grundlage in § 276 BGB findet. Die bedeutend interessantere und folgerichtigere Parallele findet sich bei der Gattungsschuld in § 279 BGB. In beiden Fällen mindern sich die Leistungsmöglichkeiten, ohne daß das Bestehen des Schuldverhältnisses eine Auflösung wegen zufälliger Unmöglichkeit, — etwa entsprechend §§ 275, 323 BGB —, zur Folge hätte. Das Motiv beider Vorschriften ist das gleiche: durch den Untergang eines Teils der Schuldgegenstände wird die Leistung nicht schon unmöglich, da das Schuldverhältnis auch noch über den untergegangenen Teil hinaus bestand und bestehen bleibt. Der weitere Bestand entspricht sowohl in § 265 BGB wie auch in § 279 BGB der Tatsache, daß der Untergang von keinem Teile verschuldet worden ist, und deshalb die strikte und logische Regelung allein billig ist. Daß darüber hinaus in § 279 BGB auch weiterhin eine Rolle spielt, daß die endgültige Leistung für den Gläubiger und Schuldner mit der untergegangenen gleich wertvoll ist, weil regelmäßig objektive Gleichheit besteht, ist eine typische Begleiterscheinung der Gattungsschuld, die aber gegenüber dem zuerst angeführten Grundgedanken zurücktritt und nur ein weiterer Grund für die Einführung der Bestimmung bedeutet. Insofern ist die in der Literatur vertretene Ansicht[96]), man hätte dem ursprüng-

95) Vgl. auch Prot. I 283.
96) Kisch, § 9 S. 204 f.

lich wahlberechtigten Teil auch jetzt noch die Erklärung gestatten sollen, er wähle das untergegangene Objekt, weil das Wahlinteresse stärker sein könnte als das Interesse, einen der übriggebliebenen Gegenstände des Komplexes annehmen oder leisten zu müssen, bei weitem ungerechtfertigter als der dem Gesetzgeber gemachte Vorwurf der Unbilligkeit. Diese Ansicht geht nämlich von einem völlig einseitigen Begriff der Wahlschuld aus, nach dem das Moment der Wahl allen anderen Momenten des Schuldverhältnisses, ja des Schuldrechts überhaupt, vorgeht. Wie sollte sich sonst eine Ansicht erklären, die darauf hinausgeht, die Wahl dem Zufall insofern vorgehen zu lassen, als der Zufall zwar nicht zu vertreten im eigentlichen Sinne sei, aber dem einen Vertragsteil aus irgendwelchen Erwägungen einen Nachteil über den zufälligen Untergang hinaus bringt, der von dem Untergang rechtlich völlig unabhängig ist. Nicht zu vergleichen ist dieser Fall mit dem der anfänglichen Unmöglichkeit (§ 306 BGB), denn bei der subjektiven entscheidet das Verschulden, und bei der objektiven tritt das Moment der Nichtigkeit gegenüber dem nachträglichen Untergang hervor.

c) Die Beschränkung der Wahlschuld auf die verbleibenden Objekte tritt auch dann ein, wenn die wahlberechtigte Partei den Untergang zu vertreten hat. Auch diese Regelung entspricht den allgemeinen Rechtsprinzipien und ist mit dem Begriff der Wahlschuld vollkommen vereinbar. Es ist durchaus unzutreffend, wenn Kisch[97]) sagt, die Regelung sei aus dem Begriff der Wahlschuld nicht geboten. Der wahlberechtigte Teil könne auch jetzt noch ein lebhaftes Interesse daran haben, die Wahl gerade auf die untergegangenen Stücke zu beschränken, sei es als Gläubiger, um die doppelte Ausgabe zu sparen, sei es als Schuldner, um den Bestand nicht doppelt zu verringern. – Der schuldhafte Vertragsteil darf aber gerade auf Grund seines Verschuldens kein so lebhaftes Interesse an seinem Vorteil, so wie er dargestellt wurde, haben, da er ja sämtliche Schuldobjekte, wenn auch alternativ, zu leisten bzw. anzunehmen sich verpflichtet hat. Es ist daher selbstverständlich, daß, wenn er selbst die eine Verpflichtung realiter hinfällig gemacht hat, er ohne weiteres *auch* auf die andere haftet; er hatte beide Möglichkeiten vorgesehen und die eine davon schuldhaft ausgeschaltet. Wenn man hier überhaupt ein Argument gegen die gesetzliche Regelung vorbringen will, könnte man höchstens anführen, daß diese Regelung abgesehen von dem lebhaften Interesse des Wahlberechtigten *dem berechtigten Interesse des Gegners* widersprechen könnte, das Schuldverhältnis in jedem Fall auf die noch mögliche Leistung zu beschränken. Er darf durch das Verschulden des anderen Teils keinen weitergehenden Nachteil haben; er könnte ihn aber insbesondere als Schuldner haben, wenn er nur *eine* Sache lei

97) Kisch, § 9, S. 206.

sten wollte und nun zwei verliert, die eine durch vertragliches Erbringen, die andere durch von ihm nicht verschuldeten Untergang. Der Schadensersatz bringt das Objekt nicht wieder zurück. — Auf jeden Fall ist aber gerade durch diese Regelung, noch mehr als aus den Ausführungen zu b), ersichtlich, wie weitgehend die Wahlschuld den Prinzipien der Gattungsschuld angeglichen ist. Auch dort konzentriert jede Verminderung der Gattung das Schuldverhältnis auf den übrigen Teil. Daß eine, von der zur Ausscheidung befugten Partei herbeigeführte Konzentration die gleichen Wirkungen hat, ist zwar im Gesetz nicht ausdrücklich vorgesehen, ergibt sich aber a majore ad minus aus § 279 BGB und im übrigen aus dem Begriff dieses Schuldtyps und den allgemeinen Rechtsgrundsätzen.

d) Ist der Untergang von dem Gegner der zur Wahl berechtigten Partei zu vertreten, dann tritt die Beschränkung des Schuldverhältnisses nicht ein. Richtet sich die Wahl auf die untergegangenen Objekte, dann greifen §§ 276, 280, 324, 325 BGB ein, richtet sie sich auf die anderen, dann Erfüllung, im übrigen Schadensersatz wegen unerlaubter Handlung. — Die Regelung ist durchaus angemessen. Durch das Verschulden des einen Teils dürfen die Befugnisse des anderen, zu den auch das Wahlrecht gehört, nicht beschränkt werden. Dieser Gedanke entspricht den Grundsätzen des Schuldrechts. Daß eine Wahl auch noch nach Untergang möglich ist, ergibt sich daraus, daß anstelle jeder verschuldet unmöglichen Leistung, sofern sie gefordert wird, der Schadensersatz tritt, und es auch billig ist, wenn der verletzende Teil sowohl für die Verletzung (Schadensersatz) eintreten muß, wie auch weiterhin an die mögliche Leistung gebunden bleibt. Da er nicht wahlberechtigt ist, wäre er auch sonst an sämtliche Möglichkeiten des Schuldverhältnisses gebunden gewesen. Eine „Konzentration" wäre hier auch einfach deshalb nicht gerechtfertigt gewesen, weil damit der Verletzer des Schuldverhältnisses auch gegen die Interessen des anderen Teils dieses gestalten würde und so über seine vertraglich festgelegten Rechte hinausginge.

Bei der Gattungsschuld dagegen hat der schuldhaft verursachte Untergang von Gattungsobjekten durch den nicht aussonderungsberechtigten Vertragsteil konzentrierende Wirkung, soweit Leistung aus dem Rest noch möglich ist. D. h. hat G, dem ein Buch aus der Bibliothek X versprochen ist, den Untergang von 100 Büchern schuldhaft verursacht, bleiben aber noch einige weitere 100 Bücher bestehen, dann hat er zwar den Schaden nach den Bestimmungen über die unerlaubte Handlung zu ersetzen, kann aber im übrigen, obwohl der Schuldner aussonderungsberechtigt ist, noch irgendein Buch fordern. Diese Regelung ist logisch keine abweichende gegenüber der des § 265 BGB; sie erklärt sich aus der besonderen Eigenart der „echten" Gattungsschuld, bei der es sowohl dem Gläubiger wie dem Schuldner grundsätzlich gleichgültig ist, welche einzelnen Sachen geleistet werden,

weil sie sich nicht nur subjektiv, sondern auch grundsätzlich objektiv gleichstehen. Es wird dem Schuldner darüber hinaus auch grundsätzlich gleichgültig sein, wieviele Objekte er hingibt, weil die Gattung unbegrenzt zu sein pflegt, und es somit auf die tatsächlich ausgesonderte Zahl nicht ankommt. Die Gattungsschuld bleibt daher nicht nur möglich, sofern noch ausreichende Objekte vorhanden sind, sondern ihre Erfüllung entspricht auch dem Interesse des verletzten Teils, da ihm an dem unverminderten Restbestand nichts gelegen zu sein pflegt. Daher die Bestimmung des § 279 BGB. Ist aber die Zahl zur Leistung nicht ausreichend, dann ist die rechtliche Behandlung mit der der Wahlschuld insofern wieder gleich, als in beiden Fällen der Wahl- bzw. Aussonderungsberechtigte gemäß §§ 275, 323 BGB frei wird und wegen der untergegangenen Sache Schadensersatz aus unerlaubter Handlung verlangen kann.

Die Totalunmöglichkeit[98]) wird bei der Wahlschuld, ebenso bei Spezies- und Gattungsschuld gleichbehandelt: anfängliche objektive Unmöglichkeit § 306 BGB, anfängliche subjektive Unmöglichkeit argumentum e contrario aus § 306 BGB, nachträglich zu vertretende Unmöglichkeit §§ 280, 324, 325 BGB, nachträgliche nicht zu vertretende Unmöglichkeit § 275, 323 BGB. Die gleiche Behandlung erklärt sich aus der Tatsache, daß sie sich allein an das objektive Moment der völligen Unmöglichkeit jeder irgendwie gearteten Vertragsleistung knüpft, und insofern die einzelnen verschiedenen Schuldformen ohne Bedeutung sind.

Verzug des Schuldners.

Er regelt sich, wenn der Schuldner wahlberechtigt ist, nach den allgemeinen Vorschriften. Das ergibt sich daraus, daß die Wahl des Leistungspflichtigen für die Tatsache, daß er nicht rechtzeitig leistet, insofern ohne Bedeutung ist, als sie in jedem Fall gleichzeitig mit der Leistung erfolgen kann, und daher nur die Leistungsverzugvorschriften gelten brauchen.

Dagegen betrifft § 264 Abs. I BGB den Zustand nach dem Verzug und vor der Leistung.

§ 264 Abs. I BGB: „Nimmt der wahlberechtigte Schuldner die Wahl nicht vor dem Beginne der Zwangsvollstreckung vor, so kann der Gläubiger die Zwangsvollstreckung nach seiner Wahl auf die eine oder auf die andere Leistung richten; der Schuldner kann sich jedoch, solange nicht der Gläubiger die gewählte Leistung ganz oder zum Teil empfangen hat, durch eine der übrigen Leistungen von seiner Verbindlichkeit befreien."

Die Vorschrift entspricht der Billigkeit. Dem Gläubiger, der einen

98) Totalunmöglichkeit im obigen Sinne heißt, daß bei der Gattungsschuld die Gattung nicht ausreicht, den Vertrag irgendwie zu erfüllen, bei der Wahlschuld alle Wahlobjekte, bei der Speziesschuld das bzw. alle Speziesschuldobjekte nicht bestehen.

alternativen Anspruch auf sämtliche Wahlobjekte hat, muß auch die Möglichkeit gegeben werden, ihn geltend zu machen. Dies geschieht in der alternativen Form, die das Schuldverhältnis vorgesehen hat, und unter Berücksichtigung der Wahlbefugnis des Schuldners. Der Gläubiger kann die Zwangsvollstreckung auf die eine oder die andere Leistung richten, ohne daß damit das Wahlrecht schon auf ihn überginge. Im Angriff der Zwangsvollstreckung liegt zunächst nur eine Repressalie gegen den Schuldner, die ihn im letzten Augenblick noch zur Wahl veranlassen soll. Erst wenn er diesem Druck der fortschreitenden Vollstreckung nicht nachgibt, d. h. der Gläubiger sich befriedigt, verliert der Schuldner endgültig die Wahlbefugnis.

Ein Vergleich mit der Gattungsschuld zeigt, daß die rechtliche Behandlung dort dieselbe ist. Auch dort kann der Gerichtsvollzieher angewiesen werden, bestimmte Gattungsgegenstände in Besitz zu nehmen. Das ergibt sich aus § 884 ZPO in Verbindung mit § 883 Abs. I ZPO. Und ebenso kann auch dort der Schuldner die Ergreifung der in Aussicht genommenen Stücke abwenden, wenn er vor Beginn der Vollstreckung dem Beamten ebensoviele andere aus demselben Komplex aushändigt. — Nun mag allerdings bei der Gattungsschuld das Interesse des Schuldners durch die „eigenwillige" Vollstreckung in die vom Gläubiger ausgesuchten Gegenstände weniger verletzt werden als bei der Wahlschuld. Das ist eine Folge der grundsätzlich gegebenen objektiven Gleichartigkeit aller Sachen der betreffenden Gattung. Deshalb brauchte dieser Fall auch nicht als Anomalie beim Begriff der Gattungsschuld im materiellen Recht des BGB behandelt, sondern erst im Verfahrensrecht der ZPO erwähnt werden. Es findet sich aber in beiden Rechtsverhältnissen derselbe Grundgedanke, abgestuft allerdings nach der durch die verschiedenen Konstruktionen bedingten Sachlage. Weil der Übergang der Wahlbefugnis dem Sinn des Schuldverhältnisses in § 264 Abs. I BGB widerspricht, mußte er im materiellen Recht hervorgehoben werden. Bezeichnend ist dabei, daß dieses subjektiv wichtige Moment der Wahl nicht schon durch den Verzug allein, auch nicht schon durch den Angriff der Vollstreckung übergeht, sondern erst in dem für die Ausübung letztmöglichen Augenblick: mit der Befriedigung. Das entspricht auch dem allgemeinen Grundgedanken, daß der Gläubiger von der Vollstreckung absehen muß, wenn er vorher für seinen Anspruch befriedigt wird. Bei der Gattungsschuld dagegen spielt die Aussonderung zwischen den Parteien eine untergeordnetere Rolle, so daß sich der Schuldner gegen die Vollstreckung in irgendwelche Sachen garnicht zu wehren brauchte. Praktisch dürfte sich der Unterschied in dieser Beziehung wohl so auswirken, daß bei der Wahlschuld der Gläubiger auch die schon begonnene Zwangsvollstreckung in die von ihm gewählten Objekte abbrechen muß, wenn er vor — auch nur teilweiser — Erfüllung seines Anspruchs andere erhält (§ 264 Abs. I BGB), während bei der Gattungsschuld die begonnene Voll-

streckung in die bei dem Schuldner gefundenen Gattungsobjekte wohl fortgesetzt werden darf, auch wenn der Gegner nunmehr andere Sachen der gleichen Gattung anbietet. Letzteres ergibt sich mangels positiver Vorschrift aus der grundsätzlich gegebenen Lage im Rahmen der Gattungsschuld. — Es ist aber offensichtlich, daß in diesen verschiedenen Abstufungen der praktischen Behandlung kein logischer Gegensatz liegt, sondern nur eine Angleichung an den vom Gesetzgeber geschaffenen Fall des natürlichen und gewillkürten Schuldkomplexes, mit dessen regelmäßigen Folgen der objektiven Gleich- bzw. Ungleichheit der einzelnen Bestandteile.

Verzug des Gläubigers.

§ 264 Abs. II BGB: „Ist der wahlberechtigte Gläubiger im Verzuge, so kann der Schuldner ihm unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Vornahme der Wahl auffordern. Mit dem Ablauf der Frist geht das Wahlrecht auf den Schuldner über, wenn nicht der Gläubiger rechtzeitig die Wahl vornimmt."

Auch der Gläubigerverzug richtet sich nach den allgemeinen Regeln der §§ 293 ff BGB. Da hier aber als Besonderheit des Schuldverhältnisses das Auswahlrecht des Gläubigers vorgesehen ist, könnten die Wirkungen des Verzuges garnicht eintreten, wenn dem Schuldner nicht die Möglichkeit gegeben wäre, vorher selbst auszuwählen und so die Verzugsleistung zu bestimmen: es waren nicht sämtliche Objekte, sondern nur das eine oder das andere davon zu erbringen.

Bei der Gattungsschuld ist die Parallele für diesen Fall darin zu sehen, daß auch dort, und zwar ausnahmsweise, dem Gläubiger das Aussonderungsrecht zusteht. Wenn er nun die Ausscheidung nicht vornimmt, wird er gemäß § 295 BGB in Verzug gesetzt. Es treten darum auch die üblichen Folgen des Gläubigerverzugs ein: Verringerung der schuldnerischen Haftung, Ersatz von Mehraufwendungen für das erfolglose Angebot usw. Da diese gewöhnlichen Wirkungen aber kaum ausreichen dürften, insbesondere der Schuldner so von seiner umfassenden Leistungsbereitschaft nicht befreit werden kann, wird auch hier § 264 Abs. II BGB entsprechend zur Anwendung kommen müssen[99]). Denn wenn bei der Alternativschuld die Wahlbefugnis auf den Schuldner übergeht, obwohl hier das Moment der Wahl für ein erhöhtes Interesse an der Individualität der einzelnen Gegenstände spricht, muß dasselbe erst recht für eine Gattungsschuld gelten, bei der trotz der vorgesehenen Aussonderungsbefugnis grundsätzlich die Stücke der betreffenden Gattung als gleichartig angesehen werden. Der Verlust des Aussonderungsrechts spielt also wohl eine geringere Rolle als in dem Fall der Wahlschuld. In beiden Fällen aber muß das Interesse des Schuldners und die Berücksichtigung seines vertragsgemäßen Verhaltens jeder Aussonderungsbefugnis vorgehen, da ihm nicht zugemutet wer-

99) So auch Kisch, § 9 S. 199. — Kreß, Lehrbuch des allgemeinen Schuldrechts, § 14 S. 257.

den kann, durch die Vertragsverletzung des Gläubigers in umfassenderem Umfang, als die Leistung bedingt, am Schuldverhältnis gebunden zu bleiben.

Gerade aber durch die gleiche Behandlung beider Schuldtypen in dieser Beziehung kann entscheidend auf die Charakterähnlichkeit der Wahlschuld geschlossen werden. Eine analoge Anwendung irgendwelcher Speziesvorschriften, — soweit diese begrifflich allein für die Speziesschuld vorgesehen sind —, auf eine Gattungsschuld etwa hat bisher noch nie stattgefunden. Oder um es deutlicher zu zeigen: die analoge Anwendung einer speziellen Gattungsvorschrift — etwa § 279 BGB — auf eine Speziesschuld ist begrifflich garnicht möglich. Wie will man dann hier begründen, daß eine spezielle Wahlschuldvorschrift auf eine Gattungsschuld zur Anwendung kommen muß, wenn erstere Schuldform nicht auch eine Gattungsschuld im weitesten Sinn darstellt? Zum mindesten ist die Annahme einer Speziesschuld[100]) begrifflich nun einfach unhaltbar geworden.

Die gegen die begriffliche Gleichstellung in der Anwendung des § 264 Abs. II BGB erhobenen Einwendungen sind folgende[101]): 1. sei der Übergang der Wahlbefugnis an verschiedene Voraussetzungen geknüpft. Bei der Wahlschuld sei außer dem Annahmeverzug des Gläubigers noch die Versäuuung einer ihm zur Wahl gestellten angemessenen Frist erforderlich. Bei der Gattungsschuld genüge die erfolglose Aufforderung an den Gläubiger, die seinerseits erforderliche Handlung, d. h. die Aussuchung vorzunehmen. Dort gehe der Annahmeverzug der Wahl voraus, hier folge er nach. — 2. Die Aussonderung des Erfüllungsobjekts bei der Wahlschuld habe den Charakter einer Wahl mit den daran geknüpften Konzentrationswirkungen, während sie im Fall der Gattungsschuld nur eine Vorbereitungshandlung zur Erfüllung sei, und als solche noch keine konzentrierende Kraft habe. —

Ad 1 ist unverständlich, warum Kisch, der selbst die analoge Anwendung des § 264 Abs. II BGB für erforderlich hält[102]), nun[103]) nur noch die analoge Wirkung dieser Vorschrift eintreten lassen will. Es ist doch selbstverständlich, daß, wenn man überhaupt den Wahlübergang bei der Gattungsschuld bejaht, man nicht nur die Folge, sondern auch die Voraussetzungen dieser Vorschrift gelten lassen muß. Es stellt einfach eine logische Unmöglichkeit dar, an die Voraussetzungen des § 295 BGB die Wirkungen des § 264 Abs. II BGB zu knüpfen. Außerdem steht gerade im Fall der Gläubigeraussonderung bei der Gattungsschuld subjektiv diese dem Wahlrecht der Wahlschuld gleich, so daß auch die entsprechende Voraussetzung für den Übergang im Rahmen der Gattungsschuld billig erscheint. — Ad 2 muß festgestellt werden,

100) Vgl. S. 57.
101) Kisch, § 9 S. 200.
102) Gattungsschuld und Wahlschuld, § 9 S. 199.
103) dto. § 9 S. 200.

daß sowohl bei der Wahl- wie Gattungsschuld die konzentrierende Wirkung im Wesentlichen die gleiche ist. Es kommt hier nicht darauf an, daß sie bei der Wahlschuld schon durch Erklärung eintritt, bei der Gattungsschuld erst durch tatsächliches Handeln. Folge ist nämlich in beiden Fällen die gleiche Konzentration insofern, als beidesmal zwar noch keine Erfüllung vorliegt, aber grundsätzlich das jus variandi ausgeschlossen wird, einmal dadurch, daß die gewählte Leistung als die von Anfang an allein geschuldete gilt (§ 263 Abs. II BGB), andermal dadurch, daß sich das Schuldverhältnis auf die geleistete Sache beschränkt (§ 243 Abs. II BGB), und im übrigen die Gefahr der konzentrierten Leistung auf den Gläubiger übergeht.

3. Positive Vertragsverletzung.

S. S. 36 f.

4. Schlechterfüllung.

Eine dem § 480 Abs. I S. 1 BGB entsprechende Vorschrift ist im Rahmen der Wahlobligation nicht vorgesehen. Da aber, ebenso wie bei der Gattungsschuld eine Nachlieferung möglich ist, auch bei der Wahlschuld eine solche möglich wäre, bleibt zu prüfen, warum der Gesetzgeber davon abgesehen hat, bzw. ob er eine analoge Anwendung billigen würde.

Das Fehlen einer entsprechenden Vorschrift bildet keinen Mangel, solange es sich um objektiv verschiedene Gegenstände des Wahlkomplexes handelt, und das Wahlrecht dem Gläubiger zusteht. Hat dieser nämlich gewählt, so hat er damit zu erkennen gegeben, daß ihm an einem bestimmten, individuell sich abhebenden Stück gelegen ist. Stellt sich dieses nun als mangelhaft heraus, so wird sich darum das Interesse an den nicht gewählten andersartigen kaum steigern, sondern nur das Interesse an dem gewählten Objekt mindern. Letzterem ist aber dadurch Rechnung getragen, daß er die allgemeinen Gewährleistungsansprüche: Wandelung, Minderung ev. Schadensersatz wegen Nichterfüllung geltend machen kann. Dagegen liegt das Rechtsbedürfnis schon anders, wenn es sich bei den Wahlobjekten um objektiv gleichartige und gleichwertige Stücke handelt. Hier könnte der Gläubiger den gewählten mangelhaften Gegenständen sehr wohl die objektiv gleichartigen mangelfreien vorziehen. Jedoch ist dann die analoge Anwendung des § 480 BGB wohl unbedenklich; der Gesetzgeber hat von einer entsprechenden Regelung wahrscheinlich abgesehen, weil ihm vorstehender Fall als von der Grundregel abweichend nicht vorgeschwebt hat. Die Literatur[104]) kommt zu einem gleichen Ergebnis, indem sie einmal die Möglichkeit einer mit der Wahl verbundenen diesbezüglichen Bedingung

104) Kisch, § 9 S. 215.

vorsieht, zum anderen § 119 Abs. II BGB für die Wahl zur Anwendung bringen will. Beide Wege sind aber nicht einwandfrei. Der erstere insofern, als er keine Lösung bringt, wenn die Bedingung nicht vorgesehen ist, der zweite deshalb, weil die Mangelhaftigkeit kaum dem Fehlen einer verkehrswesentlichen Eigenschaft gleichstehen wird; die Rechtsprechung des RG ist hier sehr eng. Abgesehen davon ist die Anwendung des § 119 Abs. II BGB neben den Gewährleistungsansprüchen schlechthin ausgeschlossen[105]).

Der Grund dafür, warum der Gesetzgeber die Nachlieferung einer anderen Wahlsache bei Mangelhaftigkeit der gewählten nicht vorgesehen hat, läßt sich bei der Betrachtung des Falles feststellen, daß der Schuldner wahlberechtigt ist (Regelfall!). In diesem Falle würde, wenn eine Nachlieferung stattfände, das Wahlrecht entgegen dem Inhalt des Schuldverhältnisses auf den Gläubiger übergehen, was in Anbetracht der geringen Voraussetzungen für die Schlechterfüllung, — es ist grundsätzlich kein Verschulden des Verkäufers erforderlich —, unbillig wäre. Da die Wahl nun schon einmal erfolgt ist, geht es nicht an, sie ohne weiteres aufzuheben und auf den Vertragsgegner übergehen zu lassen. Dem Interesse des Gläubigers ist genügt, wenn er die Rechte aus §§ 462, 463 BGB geltend machen kann. Eine analoge Anwendung des § 480 BGB scheidet für diesen letzteren Fall also aus.

105) Der Ausschluß folgt zunächst aus dem Zweck des Gesetzes, das die Gewährleistungsansprüche deshalb einer kurzen Verjährung unterwirft (§ 477 BGB), damit alle Streitigkeiten aus dem Kauf in kurzer Zeit erledigt werden. Dieser Zweck des Gesetzes würde vereitelt sein, wenn man die u. U. noch nach Jahren mögliche Irrtumsanfechtung zulassen würde. Außerdem würde die Zulassung der Irrtumsanfechtung dazu führen, daß der Käufer den Kauf auch dann rückgängig machen könnte, wenn ihm ein Fehler infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist. Dies wäre aber nach § 460 S. 2 BGB unbillig. (RG 61/171).

Lebenslauf.

Am 23. März 1912 wurde ich, Helene Ramnitz, in Breslau geboren. Nach zweijährigem Besuch einer Mittelschule, der Marienschule in Breslau, kam ich Ostern 1920 auf das Lyzeum der Ursulinen in Breslau und wurde 1925 in die dem Lyzeum angegliederte realgymnasiale Studienanstalt übernommen, die ich Ostern 1932 mit dem Reifezeugnis verließ. Anschließend widmete ich mich dem Studium der Rechts- und Staatswissenschaften an der Universität in Breslau und beschloß dieses am 23. November 1935 mit der ersten juristischen Staatsprüfung. Vom 15. Januar 1936 ab ging ich in den Vorbereitungsdienst; gleichzeitig bereitete ich mich auf die Doktorprüfung vor, die ich am 23. Februar 1938 ablegte.